



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza

Titolo della Tesi

**L'incompatibilità con l'ufficio di testimone
e la testimonianza assistita**

Il Candidato
Giulia Nicolai

Il Relatore
Prof. Enrico Marzaduri

A.A. 2012/ 2013

SOMMARIO

Introduzione	4
 Parte I – L’incompatibilità con l’ufficio di testimone	 5
1.1 Dal diritto al silenzio all’incompatibilità.	5
1.2 Evoluzione legislativa dell’istituto.	12
1.3 L’attuale disciplina dell’articolo 197 c.p.p.	28
1.3.1 L’incompatibilità del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 197, comma 1, lett. c).	30
1.3.2 L’incompatibilità del giudice, del pubblico ministero e loro ausiliari (art. 197, comma 1, lett. d).	31
1.3.3 L’incompatibilità dell’imputato di procedimento connesso e collegato (art. 197, comma 1, lett. a e lett. b).	32
1.3.4 Deroche alla regola dell’incompatibilità dell’imputato di procedimento connesso e collegato.	35
1.4 La portata dell’avviso di cui all’art. 64, comma 3, lett.c), c.p.p.	38
 Parte II – La testimonianza assistita	 50
2.1 Considerazioni preliminari	50
2.2 Ambito soggettivo di operatività dell’articolo 197-bis.	58
2.3 Contenuto oggettivo della disciplina della testimonianza assistita.	61
2.3.1 L’assistenza del difensore.	62
2.3.2 Il privilegio contro l’autoincriminazione.	67
2.3.3 L’inutilizzabilità <i>contra se</i> delle dichiarazioni rese	

dal testimone assistito.	78
2.3.4 La disciplina dei riscontri.	80
2.4 Il principio di graduazione degli status dei dichiaranti.	85
2.4.1 Il testimone garantito.	90
2.4.2 La testimonianza del soggetto archiviato e del proscioltto per non luogo a procedere.	97
2.4.3 La testimonianza della persona offesa.	114
2.5 Operatività della scusante di cui all'articolo 384 del codice penale.	118
Conclusioni	131
Bibliografia	145

INTRODUZIONE

La testimonianza assistita, disciplinata dall'articolo 197-bis c.p.p., introdotto con la legge 1° marzo 2001, n. 63, costituisce una *species* della prova testimoniale e si caratterizza rispetto alla testimonianza ordinaria per il suo più ristretto ambito soggettivo di operatività e per la relativa disciplina, la quale predispone un corredo di garanzie per il testimone assistito più ampio rispetto a quelle che sono sancite dalla disciplina generale per il testimone comune.

L'istituto in questione risulta strettamente connesso con un'altra disciplina, che da un punto di vista logico e normativo ne rappresenta il presupposto per la sua stessa operatività: l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, disciplinata dall'articolo 197 del codice di procedura penale, ed in particolare l'incompatibilità dell'imputato di procedimento connesso o collegato, di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 197, comma 1. Sono infatti questi stessi soggetti di cui l'ordinamento vieta l'escussione come testimoni che, verificatesi determinati presupposti tassativamente individuati dal legislatore ed i quali comportano il venir meno dell'incompatibilità, assumeranno la veste di testimoni assistiti, assoggettati alla disciplina speciale di cui all'articolo 197-bis del codice di procedura penale.

Pertanto non si può esaminare l'istituto della testimonianza assistita senza prima trattare dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone dell'imputato connesso.

PARTE I – L’INCOMPATIBILITA’ CON L’UFFICIO DI TESTIMONE.

1.1 Dal diritto al silenzio all’incompatibilità.

L’introduzione nel nostro ordinamento dell’istituto dell’incompatibilità a testimoniare nel processo penale trova la sua ragion d’essere nella funzione di rendere effettiva la tutela del diritto al silenzio che l’ordinamento riconosce ad ogni imputato di procedimento penale.

Il riconoscimento del diritto al silenzio, che allo stato attuale costituisce una prerogativa indispensabile ed indefettibile per una effettiva attuazione del diritto a difendersi, sancito dalla Costituzione a favore di ogni individuo all’articolo 24 Cost., rappresenta un traguardo che il nostro ordinamento ha raggiunto a partire dall’epoca post-illuministica e che costituisce il portato del passaggio dal precedente sistema di tipo inquisitorio, nel quale vigeva la legge della costrizione fisica e la ricerca del vero era attuata principalmente per mezzo della tortura, ad un sistema accusatorio. Questo passaggio ebbe modo di verificarsi nel momento in cui si diffuse la consapevolezza che lo strumento della tortura, volto ad estorcere la verità con la forza, in realtà pregiudicava la ricerca stessa del vero: il soggetto accusato, sotto minaccia di subire violenza, era naturalmente indotto a dichiarare ciò che gli veniva richiesto pur di porre fine alle torture subite nel corso delle interrogazioni, a prescindere dalla corrispondenza a verità di

quelle stesse dichiarazioni. Con la conseguenza che le prove acquisite con tali modalità conducevano facilmente ad una ricostruzione errata e mendace dei fatti sui quali il giudice avrebbe fondato la propria (ingiusta) decisione.

Ci si rese conto che solo fornendo adeguate garanzie al soggetto imputato, tutelandolo dal rischio di subire conseguenze pregiudizievoli potenzialmente derivanti dalle proprie stesse dichiarazioni rese nel procedimento, questi sarebbe stato messo nella condizione di dichiarare la verità dei fatti.

Fu così che, gradualmente, si arrivò a riconoscere in capo all'imputato il diritto al silenzio, ovvero la facoltà di tacere in giudizio, di non rispondere alle interrogazioni senza che da ciò potesse conseguire una sua punibilità – da ciò ha origine la previsione di esclusione della punibilità dell'imputato per il reato di testimonianza falsa o reticente - , tutelandolo in tal modo dal rischio di trovarsi costretto a rendere deposizioni dalle quali potessero emergere elementi indizianti circa la propria responsabilità penale. Ciò che ne deriva è l'affermazione del diritto a non incriminare se stessi (secondo il principio del *nemo tenetur se detergere*), strettamente connesso con il diritto di difesa, reso effettivo attraverso il riconoscimento del diritto al silenzio nel procedimento a proprio carico.

Questo processo di cambiamento e di affermazione della facoltà dell'imputato di tacere in giudizio si riscontra sul piano

dell'evoluzione legislativa, la quale può essere sintetizzata in tre fasi essenziali.

La prima fase, corrispondente al periodo liberale, ha avuto inizio con una serie di interventi volti ad attenuare l'apparato coercitivo (caratteristico del sistema inquisitorio) posto a presidio dell'obbligo di collaborazione riconosciuto in capo all'imputato. Gli interventi in questa direzione furono la conseguenza del fatto che a questo punto ci si era resi conto che all'interrogatorio non poteva essere attribuita una mera funzione investigativa, rivolta quindi esclusivamente nell'interesse dell'accusa, ma doveva essergli riconosciuta anche una funzione difensiva, quindi un mezzo attraverso il quale anche l'imputato avesse la possibilità di far emergere la propria verità.

Per questa via si giunse alla fase successiva, caratterizzata da un regime di tolleranza nei confronti del silenzio dell'imputato, laddove non veniva più punita la sua reticenza.

L'articolo 208 del Codice di Procedura Penale del Regno d'Italia del 1807 (disposizione che si inseriva nel contesto del divieto di deferire il giuramento dell'imputato, sancito dall'articolo 204 c.p.p. del 1807), disponeva:

“ comma 1- se l'imputato ricusi di rispondere, o per non rispondere si finga muto, il giudice l'eccita a rispondere e lo avverte che si procederà oltre nell'istruzione, malgrado il suo silenzio. Quando egli persista nel suo proposito, il giudice fa menzione del silenzio e dell'avvertimento, e procede agli atti ulteriori. Comma 2- Lo stesso

avrà luogo nel restante della procedura, e nel dibattimento, se l'accusato ricusi di rispondere.”

Quindi il silenzio dell'imputato durante l'interrogazione non solo non impediva la prosecuzione del procedimento, ma allo stesso tempo non costituiva più causa di punibilità dell'imputato reticente.

Non si era ancora giunti ad un effettivo riconoscimento in capo all'imputato di un vero e proprio diritto a rimanere in silenzio, essendo ciò inconcepibile nell'ottica del garantismo dello stato liberale il quale puntava a mettere in primo piano il prestigio della magistratura e la funzionalità dell'apparato giudiziario, rispetto alla tutela dell'imputato. Le premesse per il prossimo riconoscimento del diritto al silenzio sono da ravvisarsi in una disposizione del codice di procedura penale del 1913 dove, pur non essendovi riconfermato il previgente divieto di deferire il giuramento all'imputato, l'articolo 261, comma 2, imponeva l'obbligo di avvertirlo che il suo silenzio non avrebbe impedito la prosecuzione del procedimento.¹ Con una tale disposizione l'imputato era messo nella condizione di scegliere liberamente, di fronte agli avvertimenti e le sollecitazioni del giudice, quale condotta tenere in funzione di una migliore strategia difensiva, senza che, qualora avesse

¹ art. 261: “ comma 1- il giudice contesta in forma chiara e precisa all'imputato il fatto che gli è attribuito, gli fa noti gli indizi esistenti contro di lui, e, se non possa derivarne pregiudizio all'istruzione, gli indica anche le fonti di essi. Comma 2- il giudice invita quindi l'imputato a discolarsi e a indicare le prove in su favore, avvertendolo che, se anche non risponda, si procederà oltre nell'istruzione.”
Disposizione analoga era poi sancita all'articolo 388 dello stesso codice, per il dibattimento.

optato per il silenzio, ne dovesse conseguire l'applicazione di una qualche sanzione.

L'avvento del codice del 1930 approvato in pieno regime fascista, non interruppe il processo di ascesa verso il riconoscimento del diritto al silenzio, confermando la previgente struttura garantistica del diritto di difesa dell'imputato.

Pur non contenendo alcuna disposizione analoga all'articolo 261, comma 2, del previgente codice di procedura penale del 1913, con la quale si riconfermasse l'obbligo di avvertimento dell'imputato in ordine alla sua facoltà di rimanere in silenzio, la tutela dell'imputato era sicuramente integrata dalla previsione della sua incompatibilità con la qualifica di testimone (articolo 348 c.p.p. 1930), laddove si escludeva la punibilità dell'imputato il quale si fosse rifiutato di rendere dichiarazioni o avesse dichiarato il falso. Allo stesso modo il coevo codice penale (1930) escludeva la punibilità in una serie di reati contro l'amministrazione della Giustizia, se commessi per salvarsi da un grave ed inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore (articolo 384 del codice penale del 1930, norma che in particolare escludeva la punibilità in relazione a reati di calunnia, articolo 368, e di simulazione di reato, articolo 367). Dal combinato disposto della disciplina del codice penale e quella di procedura penale, si ricava quindi che l'imputato non era punibile per il delitto di falsa testimonianza (fattispecie comprensiva anche della reticenza). All'imputato in altre parole era riconosciuta la facoltà di non rispondere, senza che

dall'eventuale esercizio di tale facoltà potesse derivargli alcuna conseguenza pregiudizievole, tranne l'incidenza di tale silenzio nel libero apprezzamento del giudice che, consistendo in una valutazione personale, non può essere in alcun modo controllata o vincolata a priori.

L'approvazione della Carta Costituzionale ha sancito la terza ed ultima tappa di questo processo evolutivo, laddove ha trovato espresso riconoscimento il diritto di difesa (articolo 24, comma 2 Cost.). E' da questo riconoscimento che ha avuto origine il movimento di pensiero che ha condotto all'espressione del diritto al silenzio, sancito con la legge 5 dicembre 1969, n. 932. Con tale legge si finalmente previsto espressamente e per la prima volta che l'imputato, prima dell'inizio dell'interrogatorio, debba essere avvertito del diritto di restare in silenzio.² Un tale intervento, più che una innovazione, ha comportato una vera e propria rivoluzione sistematica: si è passati dal porre l'accento sulle limitazioni del potere giudiziario, prerogativa principale del garantismo liberale, al riconoscimento dell'importanza preminente della tutela di un diritto inviolabile dell'individuo, quale il diritto a difendersi, tutela che non può considerarsi effettiva senza l'altro conseguente ed imprescindibile riconoscimento del diritto al silenzio dell'imputato nel procedimento penale.

² ai sensi dell'art. 78 c.p.p. 1930: "l'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha la facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'articolo 366, primo comma, ma che, se non risponde, si procederà oltre nelle indagini istruttorie".

Preso atto dell'importanza del diritto al silenzio dell'imputato e della graduale presa di coscienza della suo carattere imprescindibile, è da rilevare come la previsione dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone costituisca il portato necessario per l'effettività dello stesso diritto al silenzio e, di conseguenza, del diritto di difesa.

Il diritto al silenzio dell'imputato deve essere tutelato non soltanto con stretto riguardo all'oggetto del procedimento a suo carico, ma anche in un contesto processuale diverso seppur connesso con il proprio, dove lo stesso imputato sia chiamato a rendere dichiarazioni sul fatto altrui. Conservando la qualifica di imputato di reato connesso con quello oggetto del processo nel quale è chiamato a deporre, potrebbe giungere con le proprie dichiarazioni a compromettere, anche solo indirettamente ed involontariamente, la propria posizione processuale.

L'istituto dell'incompatibilità nasce proprio per impedire che l'imputato, titolare del diritto al silenzio - quindi della facoltà di tacere o rendere impunemente dichiarazioni false nel contesto del procedimento a proprio carico - , sia poi obbligato a deporre secondo verità in qualità di testimone - pena la punibilità per il reato di falsa testimonianza - ed in relazione ad una vicenda processuale diversa da quella nella quale è egli stesso coinvolto in qualità di imputato, ma che risulta connessa con la propria in relazione all'oggetto del procedimento. Con quelle dichiarazioni che sarebbe obbligato a rendere nel procedimento connesso, potrebbe compromettere la propria

vicenda processuale, vanificandosi così l'utilità e l'effettività del riconoscimento del diritto al silenzio nel proprio procedimento.

1.2 Evoluzione legislativa dell'istituto.

All'istituto dell'incompatibilità sono riconducibili due funzioni: da un lato quella già individuata, di rendere effettiva la tutela del diritto al silenzio dell'imputato anche in un procedimento diverso, seppur connesso con il proprio, funzione che costituisce una prerogativa del diritto processuale penale; dall'altro lato una funzione, di matrice più strettamente processual-civilistica, di garanzia contro l'ingresso nel procedimento di prove ritenute inattendibili. Come vedremo più oltre, la potenziale inattendibilità della testimonianza dell'imputato di procedimento connesso è data dal coinvolgimento di interessi che deriva proprio dalla connessione tra le vicende oggetto dei procedimenti.

Nell'intento di bilanciare l'esigenza di tutela del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nella vicenda processuale, nonché quella di garantire la genuinità e veridicità delle dichiarazioni rese in giudizio, con l'altra esigenza fondamentale di garantire al massimo l'entrata nel processo del maggior numero possibile di apporti conoscitivi potenzialmente utili alla ricostruzione dei fatti, le soluzioni normative di fronte a tale problematica sono da sempre state ravvisate nell'alternativa tra: la totale esclusione degli apporti conoscitivi provenienti da soggetti

imputati in procedimento connesso, tutelando quindi al massimo la posizione processuale di questi ultimi; ovvero l'ammissione dell'ingresso nel procedimento penale di quegli stessi apporti conoscitivi, ma subordinatamente a opportune cautele volte a tutelare sia il diritto di difesa dell'imputato connesso sia l'attendibilità delle deposizioni.

In concreto si sono succedute nel tempo diverse soluzioni, le quali non si sono però mai spinte fino a negare totalmente l'ammissione del contributo dell'imputato connesso, sul presupposto che ciò comporterebbe un grave ed inaccettabile pregiudizio per la ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento.

Nel codice di procedura penale del 1930 l'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone era disciplinato dall'art. 348, comma 3, il quale sanciva il divieto di sentire come testimoni gli imputati nel medesimo procedimento o nel procedimento connesso, anche se prosciolti o condannati, salvo che fossero stati prosciolti in giudizio con formula ampia (ovvero: perché il fatto non sussiste; perché l'imputato non lo ha commesso). Per non perdere il potenziale contributo conoscitivo di questi soggetti, e fornire loro al tempo stesso una tutela della garanzia del principio del *nemo tenetur se detergere* (principio di cui è espressione il diritto a non incriminare se stessi) maggiore di quella riconducibile alla disciplina della prova testimoniale, venne creato un istituto *ad hoc* che prese il nome di "interrogatorio libero dell'imputato connesso", introdotto nel codice

del 1930 dalla legge 8 agosto 1977, n. 534, disciplinato agli articoli 348-bis e 450-bis c.p.p. . Con tale strumento era possibile sentire il coimputato o imputato di procedimento connesso nel corso dell'istruzione (art. 348-bis c.p.p. 1930) e in dibattimento (art. 450-bis c.p.p. 1930), ed era peraltro l'unica via per sentire questi soggetti dal momento che, oltre alla previsione della loro incompatibilità (art. 348 c.p.p. 1930) che impediva di escuterli nel dibattimento come testimoni, era fatto divieto anche di interrogarli secondo la disciplina comune dell'interrogatorio, riservata all'imputato nel proprio procedimento.

Ai sensi dell'articolo 348-bis, gli imputati connessi dovevano essere citati con le stesse modalità previste per la citazione dei testimoni comuni, avevano inoltre l'obbligo di presentarsi, pena l'accompagnamento coattivo. Era prevista poi l'assistenza di un difensore di fiducia, o in mancanza di uno nominato d'ufficio, necessariamente presente nel corso dell'interrogatorio libero.

La norma concludeva con un rinvio alle disposizioni concernenti l'interrogatorio dell'imputato (ovvero l'interrogatorio ordinario, riservato all'imputato nel proprio procedimento) "in quanto compatibili". Una simile clausola di compatibilità, a chiusura della norma, risultò essere ambigua e indusse parecchie perplessità. Da un lato infatti si riteneva che, in forza del rinvio alla disciplina dell'interrogatorio ordinario, l'imputato di procedimento connesso interrogato liberamente fosse gravato dall'obbligo di rispondere secondo verità su fatti concernenti terzi (in particolare, l'imputato

principale nel procedimento connesso), obbligo previsto per il testimone.

Si riteneva in altre parole che l'interrogatorio libero dovesse essere considerato sostanzialmente come la testimonianza del coimputato connesso sul fatto addebitato al terzo, e pertanto si riteneva che dovesse farsi riferimento proprio alla disciplina della prova testimoniale per ciò che non era espressamente disciplinato dalla disciplina dell'interrogatorio libero.

Ad avviso della dottrina maggioritaria però, il rinvio operato dall'ultimo comma dell'articolo 348-bis, alle disposizioni dell'interrogatorio in quanto compatibili, non poteva indurre a ritenere che la disciplina applicabile all'interrogatorio libero fosse quella della prova testimoniale, non espressamente richiamata dal legislatore nella clausola di rinvio. Per tanto non poteva escludersi il diritto al silenzio dell'imputato connesso anche nel contesto dell'interrogatorio libero e con riferimento anche al fatto concernente la responsabilità altrui, dovendo conservare e garantire anche in una simile situazione il principio del *nemo tenetur se detergere*, ad un soggetto che, pur essendo sentito in un procedimento diverso dal proprio, conservava a sua volta la qualifica di imputato di procedimento penale.

La legge 534 del 1977 introdusse, per mezzo dell'istituto dell'interrogatorio libero, per la prima volta la figura dell'imputato che può accusare altri (così chiamato imputato-accusatore), mantenendo il diritto al silenzio e la facoltà di mentire impunemente.

Tale assetto introdotto nel 1977, è stato poi recepito e perfezionato dal codice di procedura penale del 1988. Prima di ciò si registra un altro intervento attuato dal legislatore, poi tramontato, col quale si proponeva l'introduzione di novità riguardo proprio alla figura dell'imputato-accusatore..

Il riferimento è al Progetto preliminare del 1978 (primo tentativo di riforma del codice di procedura penale del 1930, poi fallito e succeduto da quello del 1987, che ha condotto all'approvazione dell'attuale codice nel 1988), in attuazione alla legge-delega n. 108 del 1974.

Il Progetto preliminare aveva il proposito di ridurre l'ambito dell'incompatibilità a testimoniare, infatti l'articolo 188, comma 1, n. 1, dello stesso progetto stabiliva che fossero compatibili con l'ufficio di testimoni i coimputati e gli imputati di reato connesso che fossero già stati prosciolti o condannati con sentenza irrevocabile. A questi soggetti erano affiancati anche gli imputati di procedimento connesso ancora pendente, i quali a determinate condizioni erano considerati compatibili con l'ufficio di testimoni. In relazione a questi ultimi l'articolo 188, comma 2, prevedeva infatti che i coimputati e gli imputati di reato connesso, per i quali si procedesse separatamente, potessero essere sentiti come testimoni solo se vi consentissero in modo espresso.

In tal modo l'interrogatorio libero veniva sostituito con una testimonianza "volontaria", o "facoltativa", che presupponeva il

consenso dell'imputato, condizione che da sola comportava il venir meno dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone.

Nella Relazione al Progetto, si sottolineò come il consenso prestato dall'imputato connesso fosse idoneo e sufficiente a tutelare il suo diritto di difesa, dal momento che l'assunzione dell'ufficio di testimone era rimessa alla sua libera scelta, potendo egli altrettanto liberamente scegliere di non testimoniare, rimanendo così soggetto incompatibile.

Pareri contrari provenivano invece dal Consiglio giudiziario presso la Corte d'Appello di Roma e dalla Commissione consultiva, la quale in particolare sosteneva l'inopportunità della previsione della compatibilità a testimoniare del condannato (il quale poteva aver interesse ad indurre alla revisione della sentenza di condanna, servendosi delle deposizioni testimoniali, con il conseguente rischio di inattendibilità delle stesse) e riteneva non idoneo l'istituto della testimonianza facoltativa per l'imputato di procedimento connesso ancora in pendenza, non essendo il suo espresso consenso a testimoniare, idoneo ad eliminare gli interessi di cui lo stesso poteva essere portatore nella vicenda processuale connessa con la propria.

Si rilevava in altre parole l'opportunità di conservare l'istituto dell'interrogatorio libero, considerato maggiormente conforme ad una tutela effettiva, sia del diritto di difesa dell'imputato, sia della garanzia dell'attendibilità della stessa prova testimoniale.

La Corte d'Appello ebbe modo di sottolineare che la testimonianza escussa dall'imputato connesso non avrebbe giovato all'accertamento della verità, prima di tutto perché l'assunzione di quella qualifica, subordinata al suo consenso, sarebbe dipesa non da criteri oggettivi di opportunità, bensì dal personale ragionamento e tattica difensiva dello stesso imputato (il quale avrebbe quindi potuto prestare un malizioso consenso, sfruttando la possibilità di deporre nel giudizio connesso per favorire la propria posizione processuale), ed inoltre per il fatto che l'imputato connesso testimone volontario avrebbe sempre potuto invocare la scusante di cui all'articolo 384, comma 1, del codice penale, non incorrendo in alcuna sanzione per il reato di testimonianza falsa o reticente ai sensi dell'articolo 372 c.p.

Al di là delle critiche e opinioni favorevoli, la testimonianza facoltativa non è mai stata introdotta nella disciplina del processo penale, così come è tramontato senza successo l'intero Progetto preliminare del 1978.

Dopo il Progetto del 1978 non seguirono ulteriori tentativi di eliminare l'istituto dell'interrogatorio libero. Il successivo Progetto del 1987, di redazione del codice del 1988, si è infatti concentrato prevalentemente sulla rideterminazione dell'ambito di operatività dell'incompatibilità a testimoniare.

Al riguardo è da notare che originariamente il codice di procedura penale del 1930 non conteneva disposizioni volte a favorire la

separazione delle cause, risultando come regola generale quella della trattazione congiunta, ovvero il cumulo processuale.

Ciò causava complicatezze sul piano dell'accertamento dei singoli episodi criminosi e favoriva il fenomeno del gigantismo processuale (data appunto la facilità del cumulo) il quale pregiudicava inevitabilmente la portata e la durata dei procedimenti e quindi la stessa efficienza del sistema giudiziario.

Si rese pertanto necessario un intervento di riforma che fu la già citata legge 8 agosto 1977, n° 534, ad attuare.

Tale legge intervenne riducendo le ipotesi di connessione comportanti la necessaria trattazione congiunta delle cause ed introducendo misure volte a ridurre i costi derivanti dalla separazione dei procedimenti, allo scopo di favorirla al cumulo delle cause.

Stante lo stretto collegamento fra il vincolo *connexitatis causae* e l'operatività della regola della incompatibilità a testimoniare, la suddetta riforma, intervenendo in senso limitativo sui casi di connessione, avrebbe potuto costituire l'occasione per ridurre conseguentemente anche le stesse ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone, garantendo in modo più ampio l'ingresso nel procedimento di apporti conoscitivi fondamentali (quali appunto le deposizioni testimoniali degli imputati di procedimento connesso).

In realtà tale situazione non si verificò, dal momento che l'intervento di riforma del 1977 andò ad incidere solo su un aspetto consequenziale della connessione fra reati, ovvero riducendo solo le ipotesi in cui

l'accertamento del vincolo connettivo comportava il cumulo processuale, e dal momento che la regola della incompatibilità rimase legata al vincolo di connessione sostanziale fra le cause, lo stesso continuò a persistere nella stessa misura di prima della riforma, dal momento che la sua operatività si configurava a prescindere dalla trattazione congiunta o separata delle cause connesse. Pertanto l'ambito di applicazione dell'art. 358, comma 3, rimase sostanzialmente invariato.

In un simile contesto, il Progetto del 1987, preliminare al codice del 1988, prevedeva invece disposizioni direttamente volte alla riduzione dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone.

Nella legge-delega per la redazione del nuovo codice, la L.16 febbraio 1987, n° 1, era infatti già chiaro l'intento di rimediare ai poco nitidi confini del vincolo *connexitatis causae*, volendo escludere ogni margine di discrezionalità lasciato dalla previgente disciplina, laddove l'art. 45, comma 4, del codice del 1930 introduceva sostanzialmente una fattispecie "aperta" delle ipotesi di connessione.

Alla previsione del legislatore delegato relativa alla connessione fra cause, rappresentata dall'art. 12 c.p.p., fu conferito un ambito rigoroso: essa circoscriveva la sussistenza del vincolo connettivo alle ipotesi di concorso e di cooperazione nel reato, nonché ai casi in cui più condotte tra loro indipendenti avessero determinato il medesimo evento criminoso. Al di fuori di queste limitate e tassative ipotesi, non era riconosciuta l'esistenza del vincolo *connexitatis causae*. Per questa via,

incidendo in senso limitativo sul presupposto principale dell'incompatibilità a testimoniare (la connessione) , risultava conseguentemente ed efficacemente ridotto anche il perimetro applicativo di quest'ultimo istituto.

Nel progetto preliminare al codice del 1988, veniva poi ulteriormente ristretta l'area dell'incompatibilità a testimoniare, andando però in questo caso ad incidere immediatamente sulla disciplina stessa della incompatibilità. Infatti l'art. 348, comma 3, del codice del 1930, delineava il divieto a testimoniare in relazione a tutti i coimputati di procedimento connesso anche se prosciolti o condannati, salvo che il proscioglimento fosse stato pronunciato in giudizio "per non aver commesso il fatto o perché il fatto o perché il fatto non sussiste". I contributi conoscitivi dei soggetti incompatibili erano poi soltanto parzialmente recuperabili tramite il ricorso all'interrogatorio libero, dal momento che quest'ultimo era esperibile solo nei confronti di coloro che figurassero come imputati in un procedimento ancora in corso, perdendo così del tutto l'apporto contributivo di quanti fossero già stati prosciolti o condannati (che continuando ad essere incompatibili con l'ufficio di testimone, non potevano essere sentiti con altri strumenti processuali).

L'art. 197 del progetto preliminare al codice del 1988 invece pose quale limite all'operatività della regola dell'incompatibilità a testimoniare degli imputati in procedimento connesso, proprio il passaggio in giudicato della sentenza di proscioglimento o condanna

pronunciata nel giudizio connesso. Infatti, una volta che tale sentenza non fosse più soggetta a mezzi di impugnazione, divenendo così definitiva la conclusione della vicenda processuale a carico dell'imputato connesso, ci si rese conto che non sarebbero più risultate giustificate le ragioni di tutela contro l'autoincriminazione, divenendo operativo a partire da quel momento il principio del *ne bis in idem*, e che conservando l'incompatibilità anche oltre l'irrevocabilità della sentenza, sarebbero state inopportunamente sottratte fonti probatorie alla libera valutazione del giudice.

Nella Relazione al progetto preliminare una tale scelta venne giustificata sulla base della considerazione che "l'interesse di un soggetto all'oggetto del processo non deve essere di per sé motivo di esclusione della sua testimonianza, ma può solo costituire uno dei tanti elementi di giudizio di cui il giudice si deve avvalere nell'apprezzare l'attendibilità della prova".

Si considerò dunque che la tutela del *nemo tenetur se detergere*, ratio ispiratrice dell'istituto della incompatibilità a testimoniare dell'imputato nel procedimento connesso, non avrebbe avuto ragion d'essere oltre il limite del giudicato.

Allo scopo di recuperare i contributi conoscitivi dei soggetti incompatibili, fu predisposta la disciplina dell'esame dibattimentale dei coimputati e imputati di procedimento connesso (art. 210 del codice di procedura penale del 1988). Il nuovo istituto prevedeva che gli esaminandi avessero l'obbligo di presentarsi per essere sentiti dal

giudice, attribuiva loro il diritto ad essere assistiti da un difensore (di fiducia o, in mancanza, nominato d'ufficio) e in sede di esame avevano il diritto a rimanere in silenzio, senza però che fosse previsto un obbligo di avvertirli previamente di tale facoltà. Inoltre ai sensi del comma 5, art. 210, del progetto preliminare, era disposta la garanzia dell'inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese in sede di esame dibattimentale. In tal modo per l'imputato connesso esaminato era possibile rendere qualunque dichiarazione senza il rischio che le stesse potessero riverberarsi negativamente sulla propria vicenda processuale ancora in corso.³ A questo modello preliminare furono rivolte critiche con riferimento all'ambito di operatività dell'articolo 197 e conseguentemente del 210, nella parte in cui l'applicabilità degli stessi risultava circoscritta ai casi di connessione ex art. 12 lett a) (concorso o cooperazione nel medesimo reato) ed esclusa invece nelle ipotesi in cui fosse riscontrabile un collegamento probatorio, in particolare quando "la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza" (art. 369, comma 2 lett. b del progetto preliminare, divenuto poi art. 371, comma 2 lett. b del codice attuale). Anche in tali casi il collegamento fra reati, seppur non

³ *Salva tuttavia la possibilità per il P.M. di esercitare l'azione penale, laddove dalle dichiarazioni rese dall'esaminato fosse riuscito a reperire elementi a carico attraverso percorsi autonomi ed esterni rispetto alle dichiarazioni autoincriminanti.] Risulta chiaro l'intento del legislatore delegato del 1987, di sostituire per tale via l'interrogatorio libero con il nuovo istituto dell'esame dibattimentale, evidentemente ispirato al primo (l'interrogatorio libero) e dal quale differiva solo per la previsione garantistica dell'inutilizzabilità contra se delle dichiarazioni rese dall'imputato connesso (previsione non contenuta nella previgente disciplina dell'interrogatorio libero).*

connessi, risulta talmente stretto da configurare un intreccio di interessi di non minor rilievo di quello scaturente dalle ipotesi di connessione ai sensi dell'art. 12, tanto che già il codice di procedura penale del 1930 un tale tipo di collegamento rientrava senz'altro nelle ipotesi di connessione sancite dall'articolo 45 c.p.p. 1930, alle quali era applicabili la disciplina dell'interrogatorio libero. L'incongruenza era quindi quella di determinare una inopportuna riduzione di tutela per i soggetti imputati di procedimento collegato, non comprendendoli nell'ambito soggettivo dell'incompatibilità ed ammettendoli pertanto all'escussione della prova testimoniale.

La commissione incaricata della redazione del nuovo codice aderì a tale impostazione critica ed introdusse la lettera a-bis) nell'art. 197, con la quale l'incompatibilità a testimoniare fu estesa ai soggetti imputati in procedimento collegato ai sensi dell'art. 369, comma 2, lett. b (attuale 371, comma 2, lett. b). Di conseguenza si ampliò l'ambito operativo dell'art. 210, laddove anche gli soggetti incompatibili furono ammessi all'esame dibattimentale con le correlate previsioni garantistiche.

In seguito a tale operazione normativa si attenuava lo stretto legame fra la disciplina della incompatibilità a testimoniare con quella della connessione fra procedimenti (che fino a questo momento aveva costituito l'unico presupposto di operatività) dal momento che la stessa incompatibilità veniva adesso estesa anche ad ipotesi nelle quali non erano necessariamente rintracciabili vincoli *connexitatis causae*.

Sulla base di tale progetto del 1987, è stato infine approvato il testo definitivo del codice del 1988, il quale però, contrariamente agli intenti iniziali del progetto preliminare, finì per ampliare l'ambito dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone: dal testo definitivo originario dell'articolo 197 si ricavava la regola per cui soltanto la sentenza di proscioglimento divenuta irrevocabile comportava il venir meno dell'incompatibilità dell'imputato di procedimento connesso, con esclusione del riferimento alla sentenza di condanna.

In altri termini solo la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata in giudizio fu considerata idonea ad estinguere gli effetti del divieto a testimoniare. Dal passaggio tra la stesura preliminare e quella definitiva della norma, era prevalso il timore di una scarsa attendibilità delle dichiarazioni testimoniali del soggetto che fosse già stato condannato nel procedimento connesso, dal momento che permaneva il rischio che le stesse dichiarazioni fossero strumentalizzate allo scopo di ottenere la revisione della stessa sentenza. Anche per l'ipotesi di imputato di procedimento connesso nei confronti del quale fosse stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, emerse in sede di redazione del nuovo codice, il rischio che dalle dichiarazioni rese in sede di testimonianza, potessero ricavarsi elementi idonei a determinare la revoca della stessa sentenza.

Così, rispetto all'escussione della prova testimoniale, in relazione a queste ipotesi parve maggiormente adeguato a tutelare la genuinità

dell'apporto conoscitivo il ricorso alla disciplina dell'esame di cui all'art. 210.

In conclusione, la formulazione definitiva dell'art. 197, nella parte riferita all'incompatibilità a testimoniare dei coimputati e imputati di procedimento connesso risultò la seguente:

- a) i coimputati del medesimo reato e le persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, anche se nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento o di condanna, salvo che la sentenza di proscioglimento sia divenuta irrevocabile;
- a-bis) le persone imputate di reato collegato a quello per il quale si procede, a norma dell'articolo 371, comma 2, lett. b).

Da notare che, stando alla lettera a-bis), l'incidenza del collegamento probatorio sull'operatività dell'incompatibilità a testimoniare, era limitata alla durata del procedimento a carico dell'imputato di reato collegato: una volta cessata la pendenza del procedimento, lo stesso collegamento probatorio non assumeva più alcun rilievo e l'ex-imputato di procedimento collegato diveniva compatibile con l'ufficio di testimone.

Questa configurazione originaria della disciplina della incompatibilità, è rimasta sostanzialmente invariata fino all'intervento della legge n° 63 del 2001, con la quale è stata data attuazione ai principi costituzionali del contraddittorio e del giusto processo sanciti dall'art. 111 Cost.,

come risultante dalla modifica apportata dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

L'intervento di riforma del 2001 ha comportato un generale ridimensionamento dell'ambito di operatività dell'incompatibilità a testimoniare.

Come già visto, in base alla previgente disciplina normativa, i coimputati e gli imputati di procedimento connesso rimanevano incompatibili con l'ufficio di testimoni anche dopo la conclusione del procedimento a loro carico, salva la pronuncia nei loro confronti di una sentenza di proscioglimento divenuta irrevocabile, e gli imputati di procedimento collegato erano invece incompatibili soltanto in pendenza del procedimento a loro carico, conclusosi il quale potevano essere sentiti come testimoni.

La legge 63 del 2001 ha modificato questo assetto, determinando che: tutti gli imputati di procedimento connesso o collegato diventano compatibili con l'ufficio di testimone a seguito dell'irrevocabilità della sentenza emessa nei loro confronti; inoltre ha previsto che gli imputati di reato connesso teleologicamente (articolo 12, lett. c) o probatoriamente collegati (articolo 371, comma 2, lett. b), possano, a determinate condizioni che analizzeremo più oltre, assumere la veste di testimoni anche durante la pendenza del procedimento a loro carico, qualora abbiano reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui.

1.3 L'attuale disciplina dell'articolo 197 c.p.p. .

Allo stato attuale, si ha incompatibilità quando un soggetto, pur in possesso della capacità di testimoniare ai sensi dell'art. 196 c.p.p.⁴, non è legittimato ad assumere la veste di testimone in un determinato procedimento penale. Mentre la capacità di testimoniare è un concetto generale ed assoluto, l'incompatibilità assume al contrario un significato e una portata relativi ad una situazione specifica (cioè relativamente ad una specifica e determinata vicenda processuale): lo stesso soggetto al quale è fatto divieto di deporre in un determinato giudizio perché incompatibile, è allo stesso tempo capace di assumere la veste di testimone in qualunque altro procedimento penale in relazione al quale non sussistano presupposti di incompatibilità, perché in possesso della generale capacità a testimoniare ai sensi dell'art. 196 c.p.p. .

In particolare è l'art. 197 che disciplina i casi in cui si verifica tale circostanza. Ai sensi della norma, non possono essere sentiti nella veste di testimoni:

- a) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lett. a), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444;

⁴ Art. 196, comma 1, c.p.p. : *Ogni persona ha la capacità di testimoniare.*

- b) salvo quanto previsto dall'articolo 64, comma 3, lett. c), le persone imputate in un procedimento a norma dell'articolo 12, comma 1, lett. c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lett. b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444;
- c) Il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria;
- d) Coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-ter.

Il legislatore ha individuato tassativamente alcune categorie soggettive in relazione alle quali è ravvisabile un coinvolgimento nella vicenda processuale tale da escludere l'opportunità del loro assoggettamento al regime della prova testimoniale (artt. 198 ss. c.p.p.).

Analizzando tale disciplina inizierò da una breve analisi delle ultime due lettere dell'articolo, necessaria per una ricostruzione completa della disciplina dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone, volendo però soffermarmi più a lungo e approfonditamente sul tema dell'incompatibilità dell'imputato in un procedimento connesso (quindi le categorie soggettive di cui alle lettere a e b dell'art. 197), la

quale in particolare costituisce il presupposto logico e normativo per l'operatività della disciplina della testimonianza assistita (art. 197-bis).

1.3.1 L'incompatibilità del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 197, comma 1, lett. c).

La ragione dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 197, lett. c) è data dalla considerazione che, a causa della posizione processuale rivestita, e quindi dell'inevitabile coinvolgimento personale nella vicenda processuale, qualora gli stessi soggetti fossero sentiti in qualità di testimoni nel medesimo processo, sarebbero esposti al rischio di rendere dichiarazioni potenzialmente sfavorevoli ai propri interessi nello stesso processo. Il legislatore tutela pertanto questi soggetti, vietando che possano essere chiamati a testimoniare nel medesimo procedimento nell'ambito del quale rivestono una delle due qualifiche richiamate dalla lettera c), allo scopo di evitare in tal modo che possano trovarsi di fronte alla difficile scelta tra il rendere dichiarazioni vere, in ossequio all'art. 198, comma 1, c.p.p., che impone al testimone l'obbligo di rispondere secondo verità (obbligo penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 372 c.p., il quale prevede la fattispecie di reato di falsa testimonianza) , pur rischiando di compromettere i propri interessi coinvolti nella vicenda processuale, oppure violare quello stesso obbligo, evitando di pregiudicare per

mezzo delle proprie dichiarazioni la propria posizione all'interno del procedimento penale nel quale sono coinvolti, ma con la conseguenza di essere perseguiti penalmente in altra sede per il reato di falsa testimonianza.

Sancita quindi l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria potranno essere altrimenti sentiti dal giudice nelle forme dell'esame dibattimentale ai sensi dell'art. 208 c.p.p. , in modo tale da non perdere del tutto il potenziale apporto conoscitivo proveniente da questi soggetti, utile per la ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio, ma con garanzie maggiori rispetto a quelle riconducibili alla prova testimoniale ed in particolare sul presupposto che tale esame potrà aver luogo solo se le stesse parti ne abbiano fatto richiesta o abbiano acconsentito alla richiesta di esame proveniente da un'altra parte del processo.

1.3.2 L'incompatibilità del giudice, del pubblico ministero e loro ausiliari (art. 197, comma 1, lett. d).

Con riferimento ai soggetti individuati dalla lettera d) dell'art. 197, quindi coloro che nel medesimo procedimento abbiano svolto o svolgano la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliari, il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che abbiano collaborato alla formazione della documentazione delle

dichiarazioni e delle informazioni assunte a sensi dell'articolo 391-ter, la ragione del divieto di sentirli nel medesimo processo come testimoni è costituita dalla sussistenza di possibili condizionamenti dovuti alla pregressa o perdurante gestione della vicenda processuale posta in essere da tali soggetti.

Con particolare riferimento alla posizione del difensore è da precisare che, stando alla lettera della norma, questi risulta incompatibile con l'ufficio di testimone solo relativamente all'attività di investigazione difensiva che egli abbia eventualmente svolto, mentre per qualunque altra diversa circostanza attinente al medesimo procedimento potrà essere sentito nella veste di testimone⁵, non sussistendo incompatibilità.

1.3.3 L'incompatibilità dell'imputato di procedimento connesso e collegato (art. 197, comma 1, lett. a e lett. b) .

Le lettere a) e b) dell'art. 197 individuano, quali soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone, gli imputati di procedimento penale quando, con la vicenda processuale nella quale gli stessi potrebbero essere chiamati ad apportare il loro contributo conoscitivo, intercorra un vincolo *connexitatis causae* integrante quello descritto dalla lett. a) dell'art. 12, quindi una connessione “forte” costituita dalle ipotesi di

⁵ Salvo quanto previsto dal codice deontologico forense che impone all'avvocato di rinunciare al mandato qualora intenda deporre su fatti concernenti la responsabilità del proprio assistito.

concorso o cooperazione nel reato, o il caso in cui l'evento criminoso sia stato determinato da una pluralità di condotte indipendenti poste in essere da soggetti diversi; ovvero una connessione "debole" ai sensi della lett. c) dell'art. 12, nelle ipotesi di reati commessi gli uni per realizzare o occultare gli altri; ovvero ancora nel caso in cui fra le due vicende processuali sussista un collegamento probatorio quale quello previsto dall'art. 371, comma 2, lett. b), che risulta integrato quando più reati sono stati commessi gli uni in occasione di altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il prezzo, il profitto o l'impunità, ovvero quando sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une alle altre, o ancora quando la prova di un reato o di una circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza.

Essendo questi soggetti coinvolti in un procedimento penale ancora pendente, nel quale è ancora in corso l'accertamento della loro stessa responsabilità penale in ordine alla fattispecie di reato per la quale sono stati accusati, chiamarli a testimoniare in un procedimento il cui oggetto di accertamento risulta connesso con quello oggetto del procedimento in corso a loro carico, significherebbe obbligarli a dichiarare secondo verità (obbligo imposto al testimone ai sensi dell'articolo 198, comma 2, c.p.p.) in ordine a fatti dai quali potrebbero emergere elementi attinenti alla vicenda per la quale sono a loro volta imputati, rischiando in tal modo di compromettere la propria posizione processuale.

Una tale possibilità risulta inaccettabile per l'ordinamento in quanto lo stesso soggetto a cui, in qualità di imputato, è riconosciuto il diritto al silenzio nel proprio procedimento e quindi la facoltà di non rendere dichiarazioni in ordine alla propria responsabilità penale, sarebbe poi obbligato a deporre secondo verità in qualità di testimone nell'ambito del procedimento penale connesso, potendo emergere in quella sede gli stessi elementi che nel proprio procedimento non aveva (legittimamente) voluto dichiarare. La conseguenza sarebbe in definitiva la lesione di due disposizioni costituzionali: in particolare l'articolo 2 Cost. che sancisce il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, tra questi il fondamentale diritto di difesa sancito dall'articolo 24 Cost., dal quale si deduce proprio il diritto di ciascun individuo coinvolto in una vicenda processuale di non incriminale se stesso.

Oltre all'inaccettabile rischio di questa grave violazione di un diritto fondamentale, risulterebbe allo stesso tempo a rischio anche la genuinità e veridicità delle deposizioni eventualmente rese in tali circostanze.

Stante il coinvolgimento di interessi di cui l'imputato è inevitabilmente portatore nel procedimento connesso, emerge la possibilità che lo stesso non renda dichiarazioni vere, oppure ometta di dichiarare quanto potrebbe compromettere la propria imputazione. In altre parole sarebbe a rischio l'attendibilità della prova testimoniale stessa.

1.3.4 Deroghe alla regola dell'incompatibilità dell'imputato di procedimento connesso e collegato.

Dal testo delle prime due lettere dell'art. 197, emerge che la regola dell'incompatibilità del coimputato e dell'imputato di reato connesso o collegato con l'ufficio di testimone, non è assoluta: sono infatti previste due deroghe a tale regola, che comportano il ripristino della compatibilità a testimoniare.

La prima deroga assume un carattere generale ed è ricavabile dalla lett. a) dell'art. 197. Ai sensi della lettera infatti, i soggetti indicati dalla stessa disposizione, non possono essere escussi come testimoni "salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444".

Nel momento in cui la sentenza pronunciata nei confronti dell'imputato connesso diviene irrevocabile, l'accertamento in ordine alla sua responsabilità penale diviene definitivo per cui, in forza dell'operatività del principio del *ne bis in idem*, non esiste più il rischio che lo stesso accertamento, ormai consolidatosi nella sentenza irrevocabile, possa essere modificato successivamente modificato, né quindi che la stessa persona già prosciolta o condannata in via definitiva, possa essere soggetta ad una seconda imputazione per la medesima fattispecie di reato, anche nell'ipotesi in cui, chiamato a deporre, l'ex-imputato di reato connesso dovesse fornire elementi

idonei a dedurre la sua responsabilità penale in ordine al reato già accertato .

Scongiurato così il rischio di rendere dichiarazioni autoincriminanti potenzialmente in grado di incidere negativamente sulla propria posizione processuale (ormai definita), il legislatore ha ritenuto che venga meno la necessità di continuare a garantire il diritto al silenzio di chi non è più imputato di procedimento. Anche la stessa attendibilità delle dichiarazioni rese non sarebbe più a rischio, dal momento che la conclusione definitiva del procedimento a carico dell'ex-imputato connesso consente di poter ritenere lo stesso soggetto non più interessato alla vicenda processuale nella quale è richiesto il suo contributo conoscitivo.

Quindi, se in pendenza di procedimento il coimputato o imputato connesso, ai sensi della lett. a) dell'art. 12, comma 1 (connessione "forte"), non può in nessun caso essere chiamato a testimoniare in ordine alla vicenda processuale connessa con la propria, potendo solo essere sentito in sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210 c.p.p.; una volta verificatosi il presupposto dell'irrevocabilità della sentenza pronunciata nel giudizio a suo carico, lo stesso soggetto diviene automaticamente compatibile con l'ufficio di testimone.

Alla seconda deroga può invece attribuirsi carattere speciale, dato il suo oggetto limitato, ed è enunciata dalla lett. b) dell'art.197.

Secondo tale disposizione, l'imputato di reato connesso ai sensi della lett. c), art. 12, comma 1 (connessione "debole"), e di reato collegato ai

sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b) (collegamento probatorio), può diventare compatibile con l'ufficio di testimone anche durante la pendenza del procedimento a proprio carico se, pur avendo ricevuto il preventivo avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), abbia reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità di un'altra persona. L'oggetto della prova testimoniale escussa da questi soggetti sarà limitato ai fatti precedentemente dichiarati, concernenti l'altrui responsabilità.

Quindi se, avendo ricevuto il preventivo avviso che rendendo dichiarazioni in ordine a fatti concernenti l'altrui responsabilità, la conseguenza sarebbe stata l'automatica assunzione dell'ufficio di testimoni in ordine ai fatti dichiarati, (articolo 64, comma 3, lett. c) l'imputato connesso in senso "debole" o l'imputato di reato collegato non desistono dal rendere tali dichiarazioni, diverranno automaticamente compatibili con l'ufficio di testimone, anche se esclusivamente in relazione ai fatti dichiarati che concernono l'altrui responsabilità, continuando a rimanere incompatibili con riferimento a qualunque altro fatto o circostanza non dichiarata, almeno fino all'irrevocabilità della sentenza pronunciata nei loro confronti, secondo la regola generale di cui alla lettera a) dell'articolo 197.

Si tratta per tanto di una compatibilità condizionata (dall'aver reso le precedenti dichiarazioni sul fatto altrui) e limitata (all'oggetto delle dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato connesso)

1.4 La portata dell'avviso di cui all'articolo 64, comma 3, lett. c.

L'introduzione della lettera c), all'interno del comma 3 dell'articolo 64 del codice di procedura penale, è da attribuirsi all'intervento della legge n. 63 del 2001, la quale ha inoltre introdotto anche il successivo comma 3-bis, che analizzeremo in seguito.

La norma prevede che, prima dell'inizio dell'interrogatorio, all'indagato debba essere dato l'avvertimento che qualora renda dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui assumerà, in ordine ai fatti dichiarati, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie disposte dall'art. 197-bis, le quali costituiscono il regime peculiare e garantistico della testimonianza assistita.

Complessivamente il comma 3, dell'articolo 64, si compone infatti di tre lettere, a ciascuna delle quali corrisponde un avvertimento che l'autorità giudiziaria deve rivolgere al soggetto in procinto di essere interrogato: alla lett. a) l'avvertimento che, nel prosieguo del procedimento, le dichiarazioni rese potranno essere sempre utilizzate contro la persona che le rende; alla lett. b) l'avviso che il dichiarante ha facoltà di non rispondere alle domande che gli saranno poste (diritto al silenzio).

La disposizione prosegue sancendo al comma 3-bis - anch'esso introdotto dalla legge n° 63 del 2001 - l'inutilizzabilità delle

dichiarazioni rese in caso di omissione dei suddetti avvertimenti da parte dell'autorità inquirente.

Il presupposto che vi siano stati gli avvertimenti di cui al comma 3 dell'articolo 64 è necessario perché le dichiarazioni rese nel corso dell'interrogazione possano considerarsi effettivamente frutto di una libera scelta consapevole del dichiarante: solo dopo essere venuto a conoscenza di tali avvisi e delle conseguenze che esse comportano, quest'ultimo è posto nelle condizioni di scegliere se rendere le dichiarazioni e soprattutto di misurare la portata oggettiva delle stesse in base a ciò che ritiene o meno opportuno dichiarare per la miglior attuazione della propria strategia difensiva.

L'avviso di cui alla lettera c) si comporta come una sorta di "trasformatore" del soggetto avvertito: da imputato titolare del diritto al silenzio ed incompatibile con l'ufficio di testimone in altro procedimento connesso o collegato, in testimone, anche se solo relativamente ai fatti dichiarati. La funzione di una tale previsione è quella di restringere lo *ius tacendi* dell'imputato relativamente al fatto altrui, diritto al silenzio che in un bilanciamento di interessi è risultato in questo caso soccombente rispetto al contrapposto diritto del soggetto accusato a confrontarsi col proprio accusatore.

Con riferimento all'ambito oggettivo di operatività della norma in esame è da rilevare che, seppur prevista testualmente in relazione all'interrogatorio svolto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria in sede di indagini preliminari, risulta in realtà più ampio:

in generale si può affermare che sia necessario che gli avvertimenti cui all' art. 64, comma 3, siano letti prima del compimento di ogni atto del procedimento avente natura dichiarativa.

In particolare, la disposizione in esame è richiamata da una serie di norme che disciplinano diversi atti, dall'esame delle quali norme è possibile ricavare l'ambito oggettivo di operatività dell'articolo 64, comma 3 (con specifico riferimento alla lettera c, per quello che qui ci interessa).

Infatti le modalità previste dall'art. 64 sono espressamente richiamate dall'art. 350, comma 1, nell'ambito delle sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa e con la presenza necessaria del difensore dell'indagato.

La stessa disciplina degli avvertimenti è richiamata anche in relazione ad altre attività processuali: l'interrogatorio di garanzia svolto dal giudice a seguito di una misura cautelare, all'articolo 294, comma 4; l'interrogatorio preliminare alla sospensione da un pubblico ufficio o servizio, all'articolo 289; l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato svolto dal pubblico ministero, all'articolo 388; l'interrogatorio dell'imputato, che ne faccia richiesta, nel corso dell'udienza preliminare, agli articoli 421, comma 2, e 422, comma 4; l'esame dell'imputato in un procedimento connesso o collegato che non abbia reso dichiarazioni sul fatto altrui, all'articolo 210, comma 6, anche in sede di incidente probatorio, all'articolo 392, comma 1, lett. d); l'interrogatorio dell'imputato in procedimento connesso o collegato

svolto dal pubblico ministero o dalla polizia delegata, agli articoli 363 e 370.

Emerge una lacuna all'interno di questo elenco: il legislatore non ha fatto rinvio all'avvertimento di cui all'art. 64, comma3, lett. c), nel disciplinare le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria su iniziativa delle persone imputate di procedimento connesso o collegato, di cui all'articolo 351, comma 1-bis. La convinzione è che non si tratti di una omissione volontaria del legislatore, ma di una svista. Infatti risulterebbe irragionevole che l'indagato principale, sentito dalla polizia giudiziaria a norma dell'articolo 350, comma 1, possa assumere la qualifica di testimone se accusa altri nel corso della prescritta attività procedimentale, mentre l'imputato connesso o collegato sentito dalla polizia giudiziaria in un procedimento diverso dal suo, non assume alcuna responsabilità in ordine alle dichiarazioni *erga alios*.

Riguardo all'ambito soggettivo, la norma di cui alla lettera c) dello stesso articolo, richiama l'articolo 197 nell'escludere che la previsione possa applicarsi ai soggetti incompatibili a testimoniare.

Dal combinato disposto della suddetta lettera c) dell'articolo 64, comma3, con le lettere a) e b) dell'articolo 197 richiamato, si deduce chiaramente che gli unici soggetti che non potranno essere chiamati ad assumere la veste di testimone, neppure nel caso in cui, dopo aver ricevuto l'apposito avvertimento, abbiano reso dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità altrui, sono i coimputati e gli imputati

di procedimento pendente, connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. a), i quali, come già visto, conservano la qualifica di soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone fino all'irrevocabilità della sentenza di proscioglimento, condanna o applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 pronunciata nei loro confronti.

A quest'ultimo riguardo si è conseguentemente formato un orientamento giurisprudenziale in forza del quale, in sede di esame dibattimentale di soggetti coimputati o imputati di reato connesso in senso forte, stante l'irreversibilità della condizione di incompatibilità in pendenza di procedimento, sarebbe irrilevante, quindi non necessaria, la preventiva lettura degli avvertimenti di cui al comma 3 dell'art. 64.

Tale orientamento non può che considerarsi contrastante col dettato normativo stesso: infatti il comma 3 dell'art. 64 non opera alcuna distinzione tra le varie categorie di imputati in ordine all'ambito oggettivo di operatività della norma. L'obbligo degli avvertimenti in capo all'autorità giudiziaria sussiste in relazione a qualunque indagato, sarà poi il giudice a dover verificare la sussistenza del vincolo connettivo con l'altro procedimento, a carico del soggetto al quale si riferivano le dichiarazioni incriminanti rese dall'interrogato, ed in base all'accertamento del tipo di vincolo sussistente, disporrà l'escussione della prova testimoniale del soggetto dichiarante.

Inoltre è da rilevare che, pur ispirandosi tale orientamento ad una logica di semplificazione processuale (omettere la lettura dei suddetti

avvertimenti, quando la stessa risulterebbe irrilevante, può comportare infatti un risparmio di tempo e di attività processuale), la prassi che si verrebbe a formare sarebbe al contrario causa di onerose conseguenze di carattere processuale.

E' vero che il comma 1 dell'art. 210, nel trattare dell'esame dibattimentale del coimputato e imputato di reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c), richiama espressamente quale unico avvertimento necessario prima dell'esame, soltanto quello relativo alla facoltà di non rispondere, mentre solo il comma 6, riferito all'esame degli imputati di reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c) e di reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), richiama espressamente gli avvertimenti di cui al comma 3 dell'art. 64; è però altrettanto vero che l'ambito applicativo dell'art. 64, comma 3, dipende dal tipo di connessione che si reputa esistente, il quale non può che essere determinato dalla valutazione dell'autorità giudiziaria sulla base delle concrete enunciazioni rese di volta in volta dal dichiarante (l'esistenza e il tipo di vincolo *connexitatis causae* non sono pertanto determinabili a priori).

Quindi potrebbe accadere che, un coimputato o imputato di procedimento connesso in senso forte, sentito in sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210, renda delle dichiarazioni dalle quali emerga un'ulteriore connessione (non pervenuta precedentemente) con un'altra vicenda procedimentale, e supponendo che tale sopravvenuto vincolo connettivo risulti questa volta "debole",

ovvero rientri tra i casi di connessione ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c), ovvero si tratti di un'ipotesi di collegamento probatorio ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), l'omissione della lettura degli avvertimenti di cui al comma 3, art. 64 ed in particolare per quello che qui rileva maggiormente, dell'avvertimento di cui alla lett. c), perché ritenuta in quella sede dal giudice irrilevante e quindi non necessaria, comporrebbe che le dichiarazioni rese su fatti concernenti la responsabilità del soggetto imputato connesso in senso "debole", non potranno essere utilizzate in base a quanto prevede lo stesso comma 3-bis dell'art. 64 (inutilizzabilità delle dichiarazioni rese senza il preventivo avviso).

La conseguenza ulteriore sarebbe che l'imputato esaminato non potrebbe essere sentito come testimone nel procedimento connesso in senso "debole", almeno fino alla irrevocabilità della sentenza di proscioglimento, condanna o applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 pronunciata nei suoi confronti.

Nell'intento di ottemperare al principio di economia processuale (al quale sarebbe preordinato l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'irrilevanza dell'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), nei casi di cui all'art. 197, lett. a) si finirebbe invece, seguendo questa via, per favorire l'allungamento dei tempi di durata del procedimento: stante la violazione dell'art. 64, comma 3, lett. c) e la conseguente operatività del comma 3-bis (inutilizzabilità delle dichiarazioni rese), bisognerebbe attendere il momento in cui la sentenza pronunciata a

carico dell'imputato connesso dichiarante sia divenuta irrevocabile per poterlo sentire nel procedimento connesso in qualità di testimone. Considerando poi anche l'eventualità che il presupposto dell'irrevocabilità della sentenza possa verificarsi solo successivamente rispetto alla conclusione del procedimento connesso nel quale la testimonianza dovrebbe essere escussa, in quest'ultimo caso l'apporto conoscitivo, potenzialmente utile alla formazione della ricostruzione dei fatti per la decisione giudiziale, andrebbe definitivamente perso.

Inoltre, l'inopportunità di aderire allo stesso orientamento giurisprudenziale, è ricavabile anche dal testo della lett. c), comma 3, articolo 64, il quale non fa riferimento a dichiarazioni concernenti in modo diretto la responsabilità altrui, ma a dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità, e possono rivelarsi tali anche fatti apparentemente neutri, narrati quindi a prescindere dalla consapevolezza di voler accusare altri con le proprie dichiarazioni. Sarà l'autorità inquirente o giudicante, secondo la propria discrezionalità, a ricavare dalle dichiarazioni rese elementi idonei a formulare un'accusa o sancire la responsabilità penale del soggetto a cui si riferivano i fatti dichiarati.

In conclusione è possibile affermare che, nonostante il mancato riferimento espresso nel comma 1 dell'art. 210, al comma 3 dell'art. 64, sia sempre e comunque necessaria la lettura dell'avvertimento di

cui alla lett. c) della norma, a prescindere dal tipo di connessione tra reati ritenuto esistente al momento dell'esame dibattimentale.

Un'ultima precisazione merita fare in ordine alla previsione sanzionatoria ricavabile dal comma 3-bis dell'articolo 64, la, al secondo periodo, dispone: "In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lett. c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone".

La disposizione prevede una duplice sanzione, la prima consistente nella inutilizzabilità soggettivamente relativa delle dichiarazioni rese: sono utilizzabili nei confronti del dichiarante, ma non nei confronti dei soggetti coinvolti, in altre parole i soggetti a cui si riferivano i fatti oggetto delle dichiarazioni *erga alios*. La seconda comporta la preclusione di escutere la testimonianza del dichiarante sui fatti concernenti l'altrui responsabilità. In realtà si tratta di una preclusione soltanto relativa, dal momento che il divieto in questione sta a significare che, mancato il preavviso, non può considerarsi realizzato il presupposto processuale che determina la compatibilità a testimoniare condizionata (di cui all'articolo 197, comma 1, lett. b). Come già ribadito, perché gli imputati teleologicamente connessi e quelli probatoriamente collegati divengano compatibili con l'ufficio di testimone, in pendenza del procedimento a loro carico, occorre che si verifichino due condizioni: una è che all'imputato/indagato di reato

connesso o collegato sia dato il rituale avvertimento di cui all'articolo 64, comma 3, lett. c); l'altra condizione è che egli abbia effettivamente reso dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità. Il comma 3-bis, nella parte in cui preclude l'escussione della prova testimoniale del soggetto che abbia reso dichiarazioni *erga alios* in mancanza del preventivo avvertimento, i limita in realtà a neutralizzare in tale circostanza l'operatività della regola di cui alla lettera c) del comma 3. Tutto ciò non impedisce che il pubblico ministero, accortosi dell'omissione, reiteri l'interrogatorio questa volta rivolgendo l'avvertimento, ed in questo caso, le dichiarazioni *erga alios*, oltre ad essere utilizzabili contro i soggetti coinvolti, potranno determinare l'assunzione dell'ufficio di testimone da parte del dichiarante. Inoltre il divieto di assumere la qualifica di testimone sancito dal comma 3-bis non ha niente a che vedere con la compatibilità con l'ufficio di testimone che l'imputato di procedimento connesso acquista dopo l'irrevocabilità della sentenza pronunciata in giudizio nei suoi confronti, come previsto dall'articolo 197-bis, comma 1, il quale sancisce che l'imputato connesso o collegato possa sempre essere sentito come testimone quando nei suoi confronti sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile. Quindi in conclusione, sebbene a causa dell'omissione dell'avvertimento di cui all'articolo 64, comma 3, lett c), l'interrogato non possa assumere immediatamente l'ufficio di testimone in relazione a tali fatti, nel caso in cui il procedimento a proprio carico si concluda tempestivamente con l'irrevocabilità della

sentenza pronunciata nei suoi confronti, lo stesso soggetto, divenuto compatibile con l'ufficio di testimone secondo la regola generale, potrà sicuramente essere sentito come testimone anche sui fatti precedentemente dichiarati (nella sede dove si è verificata l'omissione dell'avvertimento).

Una volta individuati l'ambito di operatività e la ratio ispiratrice dell'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone, resta da vedere se, in quale misura ed in qual forme, l'apporto conoscitivo proveniente dai soggetti incompatibili possa fare comunque ingresso nel procedimento connesso, sia prima che dopo l'eventuale venir meno della stessa incompatibilità.

Le eventuali dichiarazioni del coimputato per il medesimo reato e dell'imputato in un procedimento per reato connesso o collegato non sono del tutto escluse a causa del divieto di essere sentiti come testimoni nel procedimento connesso. Infatti, fino a che non si verifichino i presupposti che determinano il ripristino della loro compatibilità con l'ufficio di testimone, questi soggetti possono essere sentiti in sede di esame dibattimentale a norma dell'articolo 210 del codice di procedura penale.

Quando poi si verifichino i presupposti previsti dalla legge, che comportano il venire meno dell'incompatibilità di cui all'articolo 197, gli stessi coimputati e imputati di procedimento connesso o collegato potranno essere sentiti come testimoni nel procedimento connesso (o

collegato), non assumendo però la qualifica di testimoni comuni, bensì di testimoni assistiti e saranno pertanto assoggettati alla speciale disciplina garantistica di cui all'articolo 197-bis del codice di procedura penale.

PARTE II – LA TESTIMONIANZA ASSISTITA.

2.1 Considerazioni preliminari.

Per capire le logiche e gli obiettivi di fondo della riforma legislativa realizzata con la legge n. 63 del 2001 intitolata “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell’articolo 111 Costituzione”, alla quale è attribuibile un’operazione di riduzione dell’ambito operativo dell’incompatibilità a testimoniare e la conseguente introduzione dell’istituto della testimonianza assistita, in un’ottica complessiva di adeguamento ai principi generalmente riconducibili a quello del giusto processo, come risultanti dall’intervento di riforma costituzionale dell’articolo 111 Cost., realizzato con legge Cost. n. 2 del 1999 - come emerge dalla stessa intitolazione della legge - , è necessario individuare il punto di partenza, il fulcro centrale dell’intera questione, che può rintracciarsi nell’intento di assicurare la più efficace attuazione del principio del contraddittorio in una fase particolare del procedimento penale, ovvero quella dell’escussione dibattimentale della prova testimoniale, ed in situazioni specifiche e complesse dal punto di vista della pluralità e diversità di istanze implicate, quali quelle nelle quali i soggetti chiamati a rendere le deposizioni siano imputate nel procedimento penale connesso o collegato.

In queste specifiche situazioni le istanze di tutela sono molteplici: in primo luogo vi è il diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale, corollario del diritto a difendersi sancito dall'articolo 24 della Costituzione, la cui tutela non può limitarsi solo all'interno del processo penale al quale si riferisce l'imputazione, ma deve essere estesa anche a tutti quei contesti nei quali lo stesso soggetto imputato potrebbe essere pregiudicato qualora perdesse la facoltà di tacere in giudizio, come appunto la sede del processo penale connesso col proprio, nel quale fosse eventualmente chiamato a deporre. In contrapposizione al diritto al silenzio dell'imputato, abbiamo poi il diritto di ciascun soggetto cui sia stata riferita un'accusa, a confrontarsi con l'autore della stessa accusa, e si pone il problema di bilanciare queste due situazioni giuridiche soggettive –il diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale ed il diritto dell'accusato a confrontarsi col proprio accusatore - quando l'accusatore sia allo stesso tempo imputato nel procedimento penale connesso. Contestualmente emergono ulteriori istanze di carattere più prettamente pubblicistico, quali la necessità di tutelare e garantire la veridicità e genuinità delle dichiarazioni rese in giudizio, allo scopo di assicurare la fondatezza del libero convincimento del giudice, e la necessità di garantire l'ingresso nel processo penale del maggior numero possibile di apporti conoscitivi, utili e talvolta necessari per la ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento e quindi per la più completa ed efficace formazione della decisione giudiziale.

Tra le varie situazioni giuridiche soggettive coinvolte in questo complesso bilanciamento di interessi, quella che merita maggiori approfondimenti è sicuramente il diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale, il quale come visto costituisce prerogativa essenziale per un'attuazione effettiva del diritto all'autodifesa di cui è titolare ciascun soggetto coinvolto in una vicenda processuale penale.

In particolare l'esigenza di tutela del diritto al silenzio emerge nel momento in cui lo stesso imputato diventa fonte di prova nel proprio procedimento come – ed in particolare, per quel che qui ci interessa – in quello connesso o collegato.

I valori che si trovano ad essere coinvolti in queste circostanze sono quelli riguardanti la ricerca della verità, che implica la garanzia dell'ingresso nel processo del maggior numero possibile di contributi conoscitivi e la garanzia della loro genuinità e veridicità; l'ideale di giustizia ed i diritti fondamentali riconosciuti all'imputato.

Il diritto al silenzio, che consiste nella facoltà di astenersi dal rendere dichiarazioni attinenti all'oggetto della propria imputazione, in generale su elementi dai quali potrebbero emergere profili di una propria responsabilità penale, costituisce in realtà solo un aspetto, quello così detto "passivo", del diritto all'autodifesa dell'imputato, la quale si completa con un profilo "attivo" consistente nell'attribuzione della facoltà di mentire impunemente: l'ordinamento esclude infatti la punibilità per il reato di testimonianza falsa o reticente - articolo 372 c.p. – quando la fattispecie risulti integrata da chi, imputato in un

procedimento penale, abbia agito in conformità alla propria strategia difensiva, per non compromettere la propria posizione processuale. Si tratterà cioè di accertare di volta in volta se la menzogna del soggetto imputato sia motivata da una reale necessità di difendersi, individuando una relazione diretta tra l'oggetto stesso del mendacio ed il contenuto effettivo o possibile dell'accusa. Solo qualora la scelta di mentire risultasse dettata dall'esigenza di avvalersi del diritto di difesa, la condotta dell'imputato non sarebbe punibile per la ricorrenza della scriminante dell'esercizio di un diritto costituzionale.

Complessivamente, l'autodifesa attiva e quella passiva risultano essere due profili autonomi ma complementari, al punto che non si può ipotizzare una compensazione delle limitazioni eventualmente imposte alla facoltà di mentire impunemente con l'alternativa del diritto al silenzio.

Le stesse prerogative emergono con ancora maggiore forza quando l'imputato di procedimento penale sia chiamato ad assumere la veste di testimone, con correlata assunzione dell'obbligo testimoniale di verità, in un processo diverso e connesso col proprio, come accade quando egli abbia reso nelle precedenti fasi del procedimento dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri soggetti – articolo 197, comma 1, lett. b). Da rilevare è che in situazioni del genere, nonostante le garanzie apprestate dalla disciplina normativa della testimonianza assistita, in forza della quale l'imputato-testimone assistito non è obbligato a rendere dichiarazioni autoincriminanti, e le dichiarazioni di

tal genere eventualmente rese involontariamente sono inutilizzabili contro di lui – garanzie che costituiscono, insieme ad altre, il contenuto della disciplina della testimonianza assistita che analizzeremo più avanti - , finisce tuttavia per essere soggetto ad una inevitabile pressione psicologica, in quanto si vede costretto a deporre sotto minaccia di sanzione penale per il reato di falsa testimonianza.

In tali situazioni emerge come la possibilità di acquisire processualmente il contributo conoscitivo dell'imputato non debba mai prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali del soggetto nei cui confronti si procede penalmente e, in particolare, dalla piena tutela di quelle facoltà autodifensive che tradizionalmente vengono indicate con il richiamo al principio del *nemo tenetur se detergere*.

Allo stato attuale, il versante interno alla stessa struttura processuale è rappresentato essenzialmente dalle scelte che il legislatore ha effettuato e consolidato all'interno della legge n. 63 del 2001 la quale però, a dispetto dello scopo dichiarato di dare attuazione ai principi costituzionali del giusto processo e, in particolare, al diritto dell'accusato di confrontarsi con chi lo accusa restringendo l'ampiezza dell'operatività del contrapposto diritto al silenzio dell'imputato-accusatore, ha in realtà perseguito in concreto il diverso fine di assicurare la non dispersione delle dichiarazioni eteroaccusatorie raccolte durante le indagini preliminari dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, anche a costo di compromettere notevolmente le facoltà difensive dell'imputato dichiarante. Facendo riferimento al

criterio di bilanciamento dei valori in gioco cui è ricorso il legislatore del 2001, alla fine risultano sacrificati diritti che la Costituzione proclama solennemente come inviolabili, in favore piuttosto di un principio, quello della non dispersione della prova, che risulta invece estraneo rispetto all'impianto di principi e diritti sanciti dalla Costituzione. Una critica del genere si basa sull'osservazione che ai fini di una efficace tutela del diritto al confronto col proprio accusatore - che si pone come obiettivo fondamentale della riforma presa in considerazione - non risulta essenziale l'imposizione di obblighi testimoniali in capo all'imputato-accusatore, ma sarebbe piuttosto sufficiente la previsione di un divieto di emanare una condanna fondata su dichiarazioni rese da chi non abbia poi accettato il confronto con l'accusato. L'assunzione della veste di testimone con correlati obblighi testimoniali di presentarsi in dibattimento e, soprattutto, quello di rispondere secondo verità, risulta in realtà diretta prevalentemente a scongiurare il rischio di dispersione delle informazioni acquisite dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria in fasi precedenti del procedimento.

Dopo alcune considerazioni generali in ordine alla riforma del diritto processuale penale attuata dal legislatore del 2001, è il caso di procedere all'esame della disciplina della testimonianza assistita che, come già evidenziato, ha costituito una novità di rilievo per l'ordinamento penale.

In tema di incompatibilità, la legge n. 63 del 2001 ha proceduto ad una consistente riduzione delle ipotesi di incompatibilità a testimoniare, innanzitutto intervenendo sui casi di connessione che come noto costituiscono il presupposto necessario a determinarla. Il primo comma della legge ha infatti soppresso l'espressione "o in occasione di questi ovvero per conseguire o assicurare ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità", che costituiva la parte finale della previgente configurazione della lettera c) dell'articolo 12, comma 1, c.p.p., escludendo in tal modo dalla connessione diverse tipologie di reati che fino a quel momento vi erano invece ricompresi: i reati commessi in occasione di quelli per i quali si procede; i reati commessi per conseguire o assicurare il profitto, il prezzo o il prodotto (come le fattispecie di favoreggiamento reale, ricettazione e riciclaggio); i reati commessi per assicurare l'impunità (come la fattispecie di favoreggiamento personale). In realtà questo intervento riduttivo delle ipotesi di connessione non sembrerebbe aver apportato in concreto un'ampia modifica rispetto all'assetto precedente, infatti risulta in particolare inutile l'abolizione dalla lettera c) dell'art. 12, comma 1, dell'ipotesi di connessione tra reati "commessi in occasione di quelli per i quali si procede", dal momento che sono state conservate tutte le altre ipotesi di connessione, risulta difficile individuare tipologie specifiche di reati che corrispondano a questa particolare categoria, esclusa dalla connessione, in quanto sembrerebbe esservi una generale corrispondenza tra le ipotesi in cui si configuri il suddetto vincolo

connettivo e quello del concorso nel reato previsto dalla lett. a) dell'art. 21, comma 1, quale ipotesi principale di connessione.

Sempre all'intervento di modifica della legge n. 63 del 2001 è attribuibile poi l'attuale configurazione delle categorie di soggetti incompatibili che risultano ridotte rispetto al previgente dettato normativo delle lettere a) e b) che il legislatore del 2001 ha provveduto a sostituire.

Ma la novità di maggior rilievo, per lo meno per quanto riguarda la materia oggetto di trattazione, è sicuramente l'introduzione a seguito della previsione dell'incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 197, dell'articolo 197-bis intitolato "Persone imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone", all'interno del quale è stata prevista e disciplinata la figura del testimone assistito.

A seguito di questa innovazione tutti i soggetti imputati di procedimento penale quando, venuta meno l'incompatibilità a testimoniare, siano chiamati a deporre nel procedimento connesso o per reato collegato, non assumeranno la veste di testimone comune come accadeva in passato, bensì quella di testimoni assistiti e saranno assoggettati alla speciale disciplina disposta dall'articolo 197-bis.

La testimonianza assistita non costituisce quindi un mezzo di prova ulteriore, bensì una *species* rientrante nel *genus* della prova testimoniale.

L'articolo 197-bis è strutturalmente suddivisibile in due parti, la prima delle quali è composta dai primi due commi i quali si occupano di individuare le categorie soggettive suscettibili di assumere la veste di testimoni assistiti; la seconda parte è costituita dai restanti commi, dal n. 3 al n. 6, i quali dispongono le previsioni garantistiche applicabili all'escussione della testimonianza assistita, disciplina che si differenzia in senso derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria della prova testimoniale – art. 194 c.p.p.

2.2 Ambito soggettivo di operatività della testimonianza assistita.

Prima di procedere all'analisi della disciplina, quindi dell'insieme di previsioni predisposte a tutela di coloro che assumono la veste di testimoni assistiti, è opportuno iniziare la trattazione con l'individuazione delle categorie soggettive interessate, che sono quelle ricavabili dai primi due commi dell'articolo 197-bis:

- 1- L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lett. b), può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444.
- 2- L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. c), o di reato collegato a norma dell'articolo 371,

comma 2, lett. b), può essere sentito come testimone, inoltre, nel caso previsto dall'articolo 64, comma 3, lett. c).

La norma individua così due categorie soggettive, la prima delle quali è costituita dai coimputati e dagli imputati di procedimento connesso in senso “forte” (connessione ai sensi della lett. a), comma 1, art. 12 c.p.p.), i quali siano già stati giudicati irrevocabilmente. Questi soggetti diventano automaticamente compatibili con la qualifica di testimoni nel momento in cui diviene irrevocabile la sentenza di proscioglimento, condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444, pronunciata in giudizio nei loro confronti.

I testimoni assistiti che rientrano in questa prima categoria potranno essere chiamati a deporre su qualunque fatto o circostanza concernente la vicenda processuale connessa con la propria, che si è ormai conclusa definitivamente, divenendo operativo nei loro confronti il principio del *ne bis in idem*, il quale impedisce che gli stessi soggetti già giudicati in via definitiva ed irrevocabile possano essere imputati una seconda volta per la medesima fattispecie di reato già divenuta oggetto di giudicato.

La seconda categoria è costituita dagli imputati di procedimento ancora in pendenza, connesso in senso “debole” (connessione ai sensi della lett. c, comma 1, art. 12 c.p.p.) o collegato, ai sensi della lett. b), comma 2, art. 371 c.p.p. , a condizione che gli stessi imputati di reato connesso o collegato abbiano precedentemente reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui, nonostante aver ricevuto il

previo avvertimento di cui alla lett. c), comma 3, art. 64 c.p.p. . In relazione ai testimoni assistiti rientranti in questa seconda categoria, l'escussione della prova testimoniale potrà aver luogo solo relativamente ai fatti che costituiscono oggetto delle precedenti dichiarazioni rese, mentre per qualunque altro fatto o circostanza relativa alla vicenda processuale connessa che non sia stato oggetto di precedenti dichiarazioni *erga alios*, questi stessi soggetti rimangono incompatibili con l'ufficio di testimone, almeno fino a che la vicenda processuale nella quale sono imputati non si sarà conclusa con sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. .

Come già visto in precedenza, l'introduzione nel codice di procedura penale della figura del testimone assistito ha avuto la funzione di bilanciare tre fondamentali esigenze: quella di consentire nel modo più ampio possibile l'ingresso nel processo dei contributi conoscitivi utili alla ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento giudiziale (primo obiettivo), limitando l'area dell'incompatibilità a testimoniare e quindi la tutela del diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale, in favore del diritto al confronto col proprio accusatore di colui al quale sia stata rivolta un'accusa proveniente dal soggetto imputato in un procedimento penale connesso o collegato col proprio, pur continuando a tutelare il diritto di difesa dell'imputato del procedimento penale connesso (secondo obiettivo) ed assicurare al tempo stesso la genuinità e veridicità delle dichiarazioni rese da quegli

stessi soggetti, garantendo così l'attendibilità della prova testimoniale (terzo obiettivo).

A tale scopo l'articolo 197-bis ha predisposto una disciplina che consente di tutelare la posizione dell'imputato chiamato a deporre nel procedimento connesso o collegato attraverso l'assunzione della veste di testimone assistito, in forza della quale operano in suo favore previsioni garantistiche predisposte allo scopo di consentirgli di rendere liberamente le proprie dichiarazioni, al sicuro dal rischio che gli eventuali elementi emergenti contro di lui, non potranno ripercuotersi negativamente sulla vicenda attinente alla sua responsabilità penale.

2.3 Contenuto oggettivo della disciplina speciale della testimonianza assistita.

Entrando nel merito della disciplina disposta dagli ultimi 4 commi dell'articolo 197-bis, restano da analizzare quelle che sono le prerogative garantistiche riconosciute all'imputato di procedimento connesso o per reato collegato che assume la veste di testimone assistito.

2.3.1 L'assistenza del difensore.

La prima delle previsioni garantistiche che caratterizzano la disciplina della testimonianza assistita è quella da cui prende il nome lo stesso istituto ed è enunciata dal comma 3 dell'articolo 197-bis, il quale dispone che il testimone rientrante in una delle due categorie soggettive di cui ai primi due commi dello stesso articolo debba essere assistito da un difensore.

Il carattere obbligatorio dell'assistenza difensiva di cui al comma 3 dell'art. 197-bis, si ricava dal fatto che la medesima disposizione sancisce espressamente che in mancanza di un difensore di fiducia il giudice dovrà designarne uno d'ufficio. In altre parole, senza l'assistenza di un difensore non può avere validamente luogo l'escussione della prova testimoniale dell'imputato di procedimento connesso o collegato.

Sul piano delle conseguenze processuali per le ipotesi in cui il testimone assistito sia escusso in assenza del difensore, si riscontra un quadro complessivamente incerto. In particolare è opportuno distinguere tra il caso in cui l'omissione si verifichi in relazione alla testimonianza dell'imputato connesso giudicato con sentenza irrevocabile, e l'ipotesi in cui ciò avvenga invece nell'ambito dell'escussione della testimonianza dell'imputato connesso o collegato in un procedimento ancora pendente, chiamato a deporre su fatti

concernenti l'altrui responsabilità, oggetto di sue precedenti dichiarazioni.

Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia stato escussa la testimonianza dell'imputato giudicato, la Corte di Cassazione ha avuto modo di escludere ogni analogia con la situazione che si verifica quando sia l'imputato ad essere privo di assistenza difensiva nel corso del procedimento a proprio carico. Infatti con una sentenza del 9 aprile 2009 ha stabilito che non può considerarsi integrata un'ipotesi di nullità ai sensi dell'articolo 178, lett. c), il quale che contempla i casi di nullità per inosservanze concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante. Infatti, stante il principio di tassatività delle cause di nullità, non è possibile estendere analogicamente una previsione espressamente riferita all'imputato di procedimento penale, ad un soggetto che non può più ritenersi tale per l'intervento di una sentenza divenuta irrevocabile⁶. L'omissione in questione costituirebbe piuttosto una irregolarità ai sensi dell'articolo 124 c.p.p., che impone ai magistrati e ai loro ausiliari, nonché agli ufficiali giudiziari e agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, di osservare le norme del codice di procedura

⁶ ai sensi dell'articolo 60, comma 2, c.p.p.: *“la qualità di imputato si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta a impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna”, articolo 60, comma 2, c.p.p.*

penale, anche quando la loro inosservanza non comporti una nullità o altra sanzione processuale.

Maggiori dubbi si riscontrano in relazione all'ipotesi in cui l'omissione di assistenza difensiva si verifichi nell'ambito dell'escussione della testimonianza dell'imputato di procedimento connesso o collegato ancora pendente, il quale abbia assunto la veste di testimone assistito in forza precedenti dichiarazioni rese *erga alios* (articolo 17-bis, comma 2). Essendo questi ultimi soggetti imputati di un procedimento ancora in corso, rientrerebbero nella definizione di imputato di procedimento penale ai sensi dell'articolo 60, comma 2, e per tanto la nullità prevista dall'articolo 178, comma 1, lett. c), potrebbe essere considerata applicabile in favore di tali soggetti anche nell'ambito della testimonianza resa nel procedimento separato connesso o collegato, in assenza del difensore.

Ad una conclusione diversa si può giungere quando ad essere sentito come testimone assistito, sia il coimputato nel procedimento riunito che abbia reso precedenti dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità. In questo caso, sebbene l'omessa assistenza difensiva si sia verificata in sede di assunzione di un mezzo di prova su fatti concernenti l'altrui responsabilità, e non in relazione ad un atto difensivo, parrebbe comunque integrata la nullità assoluta prevista dall'articolo 179 c.p.p., il quale sancisce la presenza obbligatoria del difensore dell'imputato nel corso del dibattimento.

Una diversa questione riguardante la difesa del testimone assistito è quella concernente l'ammissione di questa particolare categoria di testimoni, al gratuito patrocinio.

Al riguardo la Cassazione si è espressa in più occasioni in senso positivo⁷, l'ammissione al gratuito patrocinio è valida per tutte le eventuali procedure, derivate ed incidentali, comunque connesse.

In senso contrario si è invece pronunciato il Tribunale di S. Maria Capua Venere, 5 novembre 2004, rilevando che l'ammissione al gratuito patrocinio può essere disposta solo per il procedimento nel quale il soggetto sia indagato o imputato.

Resta pertanto ancora discusso in dottrina se il testimone assistito possa essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato, stante la formulazione del citato art. 175 che pare riferirsi esclusivamente agli imputati in senso stretto.

Considerazione particolare merita la ricostruzione del ruolo specifico del difensore nel contesto dell'escussione della prova testimoniale di cui all'articolo 197-bis.

In generale può affermarsi che, nell'ambito dell'istituto in esame, il difensore abbia una funzione autonoma di difesa degli interessi del dichiarante che si articola sotto un duplice profilo. Innanzitutto il difensore avrà il compito di verificare, ed eventualmente fare opposizione, in relazione alla delimitazione dei fatti oggetto

⁷ Cass., Sez. III, 11 gennaio 2002 Galati e Cass., Sez. III, 11 giugno 2002 Viti.) sottolineando che, in base alla disciplina introdotta con l. 29 marzo 2001, n° 134 (recepita seguito dall'art. 75 d.P.R. 30 maggio 2002, n° 115.

dell'obbligo testimoniale; in secondo luogo la sua funzione di garanzia difensiva si esplicherà in relazione alla portata del privilegio contro l'autoincriminazione.

Infatti nelle ipotesi di compatibilità condizionata, quando ad essere sentito come testimone assistito sia l'imputato di procedimento connesso o collegato ancora pendente, il quale abbia reso precedenti dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità (ipotesi di compatibilità condizionata, articolo 197-bis, comma 2), l'oggetto della testimonianza dovrà essere limitato a quegli stessi fatti precedentemente dichiarati. La presenza del difensore sarà necessaria ad accertare la pertinenza a tali fatti delle domande rivolte al testimone assistito, le quali invece potrebbero essere poste in modo tale da estendere l'oggetto delle dichiarazioni testimoniali. Il suo intervento è quindi necessario a tutelare il diritto al silenzio dell'imputato connesso escusso come testimone assistito, diritto al silenzio che egli conserva in ordine a qualunque fatto rimasto estraneo alle proprie precedenti dichiarazioni *erga alios*.

Sotto il secondo profilo attinente alle dinamiche del privilegio contro l'autoincriminazione, l'intervento del difensore si renderà necessario qualora al teste siano poste domande che, pur limitate all'oggetto dell'obbligo testimoniale (i fatti concernenti l'altrui responsabilità, precedentemente dichiarati), vanno ad incidere direttamente o indirettamente anche sul fatto proprio dell'imputato connesso o collegato. In tali casi il difensore interverrà eccependo il privilegio del

proprio assistito, dovendo motivare adeguatamente il perché la domanda possa risultare per lui incriminante. Anche in questo caso lo scopo principale dell'intervento del difensore sarà quello di tutelare la facoltà di tacere dell'imputato di procedimento connesso o collegato nel corso dell'escussione della testimonianza assistita.

2.3.2 Il privilegio contro l'autoincriminazione.

Particolare importanza riveste la previsione garantistica sancita dal comma 4 dell'art. 197-bis, la quale riconosce al testimone assistito il privilegio contro l'autoincriminazione.

A questo punto, prima di analizzare nello specifico la disciplina ricavabile dall'articolo 197-bis, comma 4, è opportuno rilevare la differenza concettuale che intercorre tra il privilegio contro l'autoincriminazione ed il diritto al silenzio.

Mentre in dottrina spesso le due terminologie sono utilizzate in modo fungibile laddove si parla di “facoltà di tacere” volendo con tale espressione riferirsi ad entrambi i concetti, in realtà la differenza è profonda. Il diritto al silenzio è riconosciuto all'imputato del processo penale e, in quanto costituisce un'espressione del diritto di difesa, il suo riconoscimento rappresenta una regola generale. Per mezzo di tale riconoscimento, all'imputato è concessa la facoltà di scegliere se rendere dichiarazioni, in generale se collaborare nell'accertamento dei fatti, in base a ciò che ritenga opportuno in ossequio alla strategia

difensiva adottata, rimanendo impunito nel caso in cui opti per la non collaborazione (rimanendo quindi in silenzio).

Al contrario, il privilegio contro l'autoincriminazione è riconosciuto al testimone (per il testimone comune, lo stesso privilegio è sancito dall'articolo 198, comma 2 : "il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.") e costituisce una deroga, di carattere quindi eccezionale, rispetto alla regola generale che impone al testimone l'obbligo di rispondere secondo verità⁸.

Emerge inoltre un'ulteriore differenza: mentre il privilegio contro l'autoincriminazione ha oggetto limitato ai fatti dai quali potrebbe emergere una responsabilità penale del dichiarante, l'oggetto del diritto al silenzio è illimitato e può riguardare qualunque fatto proprio o altrui che l'imputato non intenda esporre.

In altre parole, il diritto al silenzio è un concetto più ampio che ricomprende al suo interno anche il particolare aspetto consistente nella facoltà di non rendere dichiarazioni autoincriminanti. Il diritto al silenzio rappresenta piuttosto uno status, mentre il privilegio contro l'autoincriminazione una garanzia particolare.

Tornando nel quadro della disciplina specifica della testimonianza assistita, dal comma 4 dell'articolo 197-bis, emerge che il privilegio contro l'autoincriminazione è riconosciuto soltanto a due categorie di

⁸ ai sensi dell'art. 198, comma 1: "Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte."

soggetti suscettibili di assumere la veste di testimoni assistiti: gli imputati di processo connesso o collegato ancora in pendenza, ovvero conclusosi con un provvedimento diverso dalla sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o patteggiamento (art. 197-bis, comma 4, secondo periodo); agli imputati giudicati con sentenza di condanna divenuta irrevocabile (art. 197-bis, comma 4, primo periodo).

Nel primo caso - quando si tratti di imputato di procedimento connesso o collegato ancora pendente, che abbia reso precedentemente dichiarazioni *erga alios* - la norma prevede espressamente che il testimone assistito non possa essere obbligato a deporre sui fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti: egli potrà essere chiamato a rispondere solo in ordine a fatti concernenti la responsabilità altrui che siano stati oggetto delle sue precedenti dichiarazioni.

L'unica ipotesi nella quale l'imputato non ancora giudicato nel procedimento a proprio carico può essere chiamato a rispondere sul fatto proprio - congiuntamente al fatto concernente l'altrui responsabilità - , si verifica quando le precedenti dichiarazioni rese, ed in forza delle quali si è verificata l'assunzione della qualifica di testimone assistito nel procedimento connesso, vertano su di un fatto inscindibile, dal quale sia potenzialmente desumibile al contempo la responsabilità del dichiarante e quella altrui.

Esempi di fatti inscindibili sono costituite dalle fattispecie di furto connessa con quella di ricettazione, ovvero quella di omicidio connessa con quella di occultamento di cadavere.

In casi del genere all'imputato connesso o collegato che abbia reso precedenti dichiarazioni *erga alios*, è concessa la possibilità di opporre il privilegio contro l'autoincriminazione - ex comma 4, art. 197-bis - rimanendo in silenzio relativamente al fatto proprio. In tal modo l'ordinamento gli concede una seconda chance di tutela⁹, ma se egli decide di non opporre il privilegio rendendo le dichiarazioni sui fatti che, in quanto inscindibili, concernono anche la propria responsabilità, sarà obbligato a rispondere secondo verità in forza dell'assunzione dell'ufficio di testimone.

Sempre a proposito di una simile circostanza, è inoltre emersa la questione circa la non applicabilità dell'art. 384 c.p., il quale prevede la non punibilità per chi abbia commesso uno dei reati elencati dallo stesso articolo - tra i quali il reato di falsa testimonianza, ex art. 372 c.p. - per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore.

Le Sezioni Unite della Cassazione in una sentenza del 29 novembre 2007, hanno rilevato che riconoscere l'applicabilità di una tale scusante al testimone assistito che in sede di deposizione abbia reso false dichiarazioni, costituirebbe un eccesso di tutela in quanto

⁹ la prima è costituita infatti dall'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c).

l'ordinamento gli aveva già fornito la possibilità di tutelare la propria posizione processuale, e quindi la propria libertà, riconoscendogli il privilegio di cui al comma 4 dell'art. 197-bis, del quale però egli ha evidentemente deciso di non avvalersi nel momento in cui ha accettato di rispondere alle domande che gli siano state rivolte in sede di escussione della testimonianza.

Le Sezioni Unite sono giunte a tale conclusione attraverso un'operazione analogica con un'altra situazione, che si verifica quando sia il prossimo congiunto a rendere false dichiarazioni: ai sensi dell'art. 199 del codice di procedura penale, i prossimi congiunti non sono obbligati a deporre e qualora decidano di farlo, assumendo così l'ufficio di testimoni nel processo penale a carico del congiunto, hanno l'obbligo di rispondere secondo verità. Qualora rendano falsa testimonianza non potranno usufruire della scusante di cui all'articolo 384 del codice penale, risultando punibili ai sensi dell'articolo 372 c.p.. Per analogia, secondo la Corte, così come sarà punibile per falsa testimonianza il prossimo congiunto che, nonostante la facoltà concessagli dall'art. 199, abbia assunto la qualifica di testimone per poi dichiarare il falso, allo stesso modo dovrà rispondere ai sensi dell'art. 372 c.p., il testimone assistito che non abbia opposto il privilegio contro l'autoincriminazione ed abbia poi reso dichiarazioni false.

Tuttavia, in relazione alla posizione del testimone assistito, bisogna considerare in primo luogo che l'eventuale operatività del privilegio di

cui al comma 4 dell'art. 197-bis si verifica per lo più in circostanze complesse, dove può risultare difficile per lo stesso dichiarante distinguere il fatto proprio da quello concernente l'altrui responsabilità. Non di minore importanza è poi la considerazione che non esiste alcun obbligo in capo al giudice o ad altro soggetto, di avvertire il testimone assistito della possibilità di avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione. Alla luce di queste ultime considerazioni si potrebbe ritenere che il testimone assistito, il quale abbia dichiarato il falso per non rendere dichiarazioni potenzialmente compromettenti la propria responsabilità penale, possa beneficiare della scusante di cui all'art. 384 c.p., invocandola almeno a livello putativo. Tale circostanza si verificherebbe quando il testimone assistito riesca a dimostrare che al momento in cui ha reso la falsa testimonianza non era consapevole dell'esistenza di un'alternativa lecita, in altre parole, quando sia in grado di provare che non era a conoscenza della facoltà avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione di cui all'art. 197-bis, comma 4, e che per tale ragione non lo ha esercitato.

Il comma 4 dell'articolo 197-bis, assicura poi il privilegio contro l'autoincriminazione anche a coloro che abbiano assunto la veste di testimoni assistiti dopo che sia divenuta irrevocabile la sentenza di condanna pronunciata nei loro confronti.

Da notare che la norma riferisce espressamente l'operatività del privilegio solo a chi sia stato soggetto ad una sentenza di condanna pronunciata in giudizio (divenuta poi irrevocabile), con esclusione

quindi di chi sia stato prosciolto o abbia altrimenti ottenuto una sentenza di patteggiamento ai sensi dell'articolo 444, la quale si inserisce nella fase dell'udienza preliminare, che è antecedente al giudizio vero e proprio (il dibattimento). La ragione di tale diversificazione risiede nella circostanza che originariamente la sentenza di patteggiamento di cui all'art. 444 c.p.p., non era soggetta a revisione per cui, una volta passata in giudicato, non esistevano possibilità che l'oggetto della sentenza di patteggiamento potesse essere messo nuovamente in discussione: in forza dell'operatività del principio del *ne bis in idem* non esisteva il rischio che il testimone assistito il quale avesse ottenuto una sentenza di patteggiamento potesse pregiudicare, con le proprie deposizioni, la sua posizione processuale che risultava ormai definita irrevocabilmente. Dal canto suo, anche il comma 5 dello stesso articolo 197-bis, il quale sancisce la inutilizzabilità delle deposizioni nel procedimento di revisione della sentenza a carico del dichiarante, che analizzeremo più avanti, fa espresso riferimento solo alla revisione della sentenza di condanna.

Questioni di illegittimità dell'esclusione della sentenza di patteggiamento dall'operatività del privilegio contro l'autoincriminazione, e anche della garanzia dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni in sede di revisione della sentenza, sono sorte quando la legge n° 134 del 2003 ha introdotto il procedimento di revisione anche per le sentenze di patteggiamento di cui all'art. 444, senza apportare alcuna modifica ai commi 4 e 5 dell'art. 197-bis. Allo stato attuale, a

seguito dell'intervento legislativo del 2003, chi è stato condannato con sentenza di patteggiamento è sfornito sia della tutela *ex ante* costituita dalla possibilità di opporre il privilegio contro l'autoincriminazione e quindi rimanere in silenzio impunemente, sia della tutela *ex post* rappresentata dalla garanzia della inutilizzabilità in sede di revisione delle dichiarazioni rese *contra se*.

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondati i dubbi di incostituzionalità, basandosi sull'assunto che la disparità di tutela si giustifica in quanto l'imputato ha la possibilità di verificare e valutare quali sono le conseguenze della scelta del rito speciale di patteggiamento, tra le quali rientra anche quella di non poter usufruire della previsioni garantistiche di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 197-bis, in sede di testimonianza assistita. Per cui, stante il carattere eccezionale del privilegio contro l'autoincriminazione, che costituisce un'eccezione alla regola generale dell'obbligo per il testimone di rispondere alle domande e di farlo secondo verità, l'imputato che sia stato prosciolto o condannato con sentenza di patteggiamento, non potrà usufruire del privilegio contro l'autoincriminazione, quindi sarà obbligato a rendere dichiarazioni vere anche sui fatti che sono stati oggetto di giudicato e, qualora da tali dichiarazioni emergano elementi idonei a mettere in discussione la sua responsabilità penale, saranno utilizzabili in sede di revisione della sentenza di patteggiamento.

Dal momento che per questi soggetti, esclusi dall'operatività del privilegio di cui all'articolo 197-bis, comma 4, l'unica alternativa

all'autoincriminazione sembrerebbe essere quella di rendere testimonianza falsa o reticente, risulta a questo punto problematico negare nei loro confronti l'operatività della scusante di cui all'art. 384 c.p. .

Dalla lettera della norma (art. 197-bis, comma 4, primo periodo) si ricava che la facoltà di tacere è riconosciuta al condannato che nel corso del processo a suo carico “aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione”. Dalla prima parte della frase (“aveva negato la propria responsabilità”) può dedursi, *a contrario*, che dello stesso privilegio non potrà avvalersi, in sede di escussione della testimonianza assistita, il condannato il quale abbia ammesso la propria responsabilità in ordine al reato per il quale risultava imputato nel processo a suo carico. A proposito invece della seconda parte (“ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione”) occorre fare qualche precisazione. Una tale formulazione sembra mettere in ombra il rapporto che intercorre tra il silenzio vero e proprio e la mera negazione della propria responsabilità, la quale non necessariamente presuppone che il condannato, nel corso del procedimento svoltosi a suo carico, sia rimasto in silenzio, come può verificarsi quando egli abbia reso delle dichiarazioni con le quali, pur negando o comunque non ammettendo la propria responsabilità penale in ordine ai fatti a lui imputati, abbia accusato altre persone. Il nodo interpretativo della frase da ultimo analizzata risiede proprio in questo punto: può avvalersi del privilegio soltanto il condannato che nel processo a suo carico non

abbia reso in assoluto alcuna dichiarazione, oppure potrà avvalersene anche chi abbia reso delle dichiarazioni, con le quali non abbia ammesso la propria responsabilità penale, pur facendo emergere una responsabilità di altri soggetti?

Alla luce dei principi costituzionali dovrebbe escludersi l'operatività del privilegio contro l'autoincriminazione in quest'ultima ipotesi (ammettendola solo nei confronti dell'imputato che sia rimasto in silenzio non rendendo alcuna dichiarazione nel corso del procedimento a suo carico): dal momento che la *ratio* del privilegio in questione è quella di tutelare il diritto di difesa dell'imputato dichiarante, ma inevitabilmente comporta il sacrificio di un altro fondamentale diritto quale è quello di confrontarsi con il proprio accusatore, e considerando poi che, per regola generale, l'imputato a seguito della irrevocabilità della sentenza di condanna pronunciata a suo carico gode dell'operatività del principio del *ne bis in idem*, nonché, in sede di testimonianza assistita, dell'altro privilegio consistente nella inutilizzabilità *contra se* in sede di revisione della sentenza delle dichiarazioni rese nel corso dell'escussione della testimonianza (articolo 197-bis, comma 5), alla luce di tutto ciò riconoscere l'operatività del privilegio contro l'autoincriminazione al condannato che abbia accusato altre persone con le proprie dichiarazioni nel corso del procedimento a proprio carico, oltre che comportare un eccesso di tutela nei confronti dello stesso dichiarante, costituirebbe un ingiusto pregiudizio per il soggetto destinatario delle dichiarazioni accusatorie,

il quale subirebbe la lesione del suo diritto a confortarsi col proprio accusatore. Risulta pertanto necessario propendere per l'interpretazione restrittiva della parte di norma presa in considerazione, concludendo per l'operatività del privilegio in favore del condannato soltanto quando questi, nel corso del processo a proprio carico, oltre al caso in cui abbia espressamente negato la propria responsabilità penale, non abbia reso alcun tipo di dichiarazione, escludendo la stessa operatività per il condannato che, pur negando la propria responsabilità penale, abbia reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altre persone.

In conclusione, rimane da verificare quali sono le conseguenze processuali dell'eventuale violazione del privilegio.

Dalla formulazione dell'articolo 197-bis, comma 4, si desume un divieto probatorio: la norma vieta infatti che il testimone possa essere obbligato a deporre in relazione a determinati oggetti, pertanto le dichiarazioni assunte in violazione di tale divieto saranno inutilizzabili ai fini probatori, ai sensi dell'articolo 191 c.p.p., il quale, al comma 1, sancisce espressamente che "le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzati".

Sempre riguardo al tema del privilegio contro l'autoincriminazione, rimane da aggiungere che tutti i testimoni assistiti potranno avvalersi, oltre che del privilegio speciale di cui all'articolo 197-bis, comma 4, anche del generale privilegio contro l'autoincriminazione previsto dall'articolo 198, comma 2, in relazione ai normali testimoni. Pertanto,

risulta complessivamente che i testimoni assistiti possono tacere non solo sui fatti oggetto del procedimento a proprio carico¹⁰, ovvero sui fatti per i quali sono stati condannati¹¹, ma possono eccepire lo stesso privilegio anche su ulteriori fatti dai quali potrebbe in generale emergere una loro responsabilità penale (articolo 198, comma 2).

2.3.3 L'inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese dal testimone assistito.

Il comma 5 dell'art. 197-bis, sancisce l'ultima delle previsioni garantistiche disposte in favore del testimone assistito: l'inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese durante l'escussione della testimonianza.

Tale previsione sembrerebbe assolvere ad un duplice scopo: da un lato, indurre il testimone assistito a non avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione e rendere dichiarazioni potenzialmente concernenti anche la propria responsabilità, in forza di quest'ultima previsione che gli garantisce che le eventuali dichiarazioni autoindizianti non potranno comunque essere utilizzate contro di lui; dall'altro lato, sembra voler fornire una tutela per tutte quelle

¹⁰ ciò avviene quando ad assumere la veste di testimone assistito sia un imputato di procedimento connesso o collegato ancora in pendenza che abbia precedentemente reso dichiarazioni *erga alios*.

¹¹ situazione che si verifica nei casi in cui il testimone assistito è il soggetto condannato con sentenza irrevocabile, che nel corso del procedimento a suo carico aveva negato la propria responsabilità penale, ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione.

situazioni nelle quali appare difficile, in sede di deposizione, discernere tra il fatto proprio e quello altrui, tra l'obbligo testimoniale e la facoltà di tacere, dove in altre parole il diritto di difesa del testimone assistito risulta essere maggiormente a rischio (ad esempio quando siano rese dichiarazioni su di un fatto inscindibile).

Il comma 5 dell'articolo 197-bis, prevede espressamente che le dichiarazioni rese dal testimone assistito non possano essere utilizzate contro di lui, nel procedimento a suo carico - nel caso di imputato di procedimento ancora in pendenza - , nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette. Da notare che le dichiarazioni sono inutilizzabili soltanto contro il testimone assistito, deducendosi da ciò che le stesse siano invece utilizzabili in suo favore.

Le stesse dichiarazioni *contra se* saranno tuttavia utilizzabili in un eventuale procedimento a carico del testimone assistito in ordine a reati, quali quello di calunnia o falsa testimonianza, che egli abbia eventualmente commesso nel corso della deposizione.

Da tale ultima considerazione emerge il carattere relativo ed incompleto della tutela fornita dal comma 5: le stesse dichiarazioni che risultano inutilizzabili nel giudizio a carico del deponente o in sede di revisione della sentenza di condanna, come in qualunque altro giudizio civile o amministrativo concernente l'oggetto del medesimo procedimento penale, non impediscono invece l'eventuale

formulazione di una nuova imputazione a carico dello stesso deponente; inoltre, a conferma ulteriore dell'incompletezza della copertura fornita all'imputato dalla previsione di inutilizzabilità, è da rilevare anche come nelle ipotesi in cui i procedimenti connessi siano riuniti, le dichiarazioni rese potrebbero indurre il giudice ad estendere l'esame testimoniale ad ulteriori elementi o ad ulteriori istanze probatorie; infine la dichiarazione resa può arrecare allo stesso deponente un nocumento al suo onore, e ciò a prescindere dalla utilizzabilità a fini probatori delle stesse deposizioni.

Una tutela così formulata, che risulta soltanto parziale, potrebbe spingere il testimone a mentire in sede di escussione della prova testimoniale per evitare di essere pregiudicato in futuro attraverso le proprie dichiarazioni, mettendo così a repentaglio l'attendibilità della prova stessa e l'effettività della tutela del diritto di difesa del testimone assistito, riaffiorando anche in relazione a questa circostanza, la questione circa l'eventuale operatività o meno della scusante di cui all'art. 384 c.p. a favore del testimone assistito.

2.3.4 La disciplina dei riscontri.

Il sesto ed ultimo comma dell'art. 197-bis dispone che alle dichiarazioni rese dai testimoni assistiti di cui al presente articolo debba essere applicata la disposizione di cui all'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p..

Il comma 3 dell'articolo 192 stabilisce che le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata di reato connesso ai sensi dell'articolo 12 c.p.p., sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

Il comma 4 dello stesso articolo, dispone l'estensione della medesima regola anche alle dichiarazioni rese dall'imputato di reato collegato con quello per cui si procede, nelle ipotesi di collegamento individuate dall'art. 371, comma 2, lett. b) .

In altre parole, la stessa disposizione applicata all'interno della disciplina della testimonianza assistita, comporta che le dichiarazioni rese dal testimone assistito non sono da sole sufficienti a costituire una prova dei fatti narrati, valida a fondare una decisione giudiziale e dovranno pertanto essere valutate alla luce di altri elementi di prova che siano in grado di corroborarne l'attendibilità.

In relazione al testimone assistito risulta così esistere una presunzione di inaffidabilità, in quanto egli è considerato portatore di un interesse derivante dal vincolo connettivo tra il procedimento a suo carico, e quello nel quale deve essere escussa la sua testimonianza, interesse che potrebbe portarlo a mentire, compromettendo la ricostruzione della vicenda oggetto del procedimento. Un interesse che è ritenuto evidentemente sussistente, non solo quando il procedimento a carico del testimone assistito sia ancora in corso, ma anche quando sia già stata pronunciata nei suoi confronti una sentenza divenuta irrevocabile (in quanto ai sensi del comma 6, art. 197-bis, la disciplina di cui all'art.

192, comma 3 è applicabile ad entrambe le categorie soggettive di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 197-bis).

E' da notare che le uniche dichiarazioni che la legge non sottopone alla verifica di attendibilità, sono quelle rese dal testimone ordinario e quelle che l'imputato renda nel proprio procedimento in sede di confessione.

E' quanto emerso dalla sentenza della Cassazione, Sezione I, del 3 maggio 2005, n° 21998, nella quale è stato rilevato dalla Corte che la confessione, pur soggetta come tutte le prove reali, alla generale verifica di attendibilità che il giudice deve effettuare in sede di decisione, non è però soggetta all'operatività della disciplina di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p. e non ha quindi bisogno di riscontri esterni per costituire valido elemento di prova. Ne consegue che, pur in presenza di un'unica fonte dichiarativa (quella confessoria appunto), non possono subire epiloghi valutativi diversi le narrazioni *contra se* rispetto a quelle *contra alios* rese nel corso della medesima confessione dall'imputato. Vale a dire che, così come le dichiarazioni concernenti la responsabilità dello stesso imputato dichiarante non avranno bisogno di riscontri esterni per essere ritenute legittimamente attendibili, lo stesso si avrà anche con riferimento alle eventuali dichiarazioni concernenti la responsabilità di altre persone rese nell'ambito della stessa confessione.

L'operatività della disposizione di cui al comma 6 dell'art. 197-bis, comporta la non immediata utilizzabilità degli apporti conoscitivi

provenienti dai testimoni assistiti: in assenza di ulteriori elementi di prova idonei a confermarne l'attendibilità, le loro dichiarazioni rese in sede di testimonianza non potrebbero essere utilizzate come valide fonti di prova, vanificando in tal modo gli intenti di una disciplina, quella della testimonianza assistita, sorta proprio per ridurre il più possibile l'area dell'incompatibilità a testimoniare allo scopo di non perdere l'apporto conoscitivo di soggetti quali i coimputato o imputati di procedimento connesso o collegato, i quali proprio in forza del loro coinvolgimento nella vicenda oggetto di accertamento giudiziale, potrebbero più di altri possedere elementi utili alla ricostruzione dei fatti.

Sempre allo scopo di consentire la più ampia e libera utilizzabilità delle dichiarazioni rese in giudizio, il diritto vivente ha cercato di restringere l'operatività della disciplina dei riscontri, cercando escluderne l'applicabilità in relazione alle diverse categorie di testimoni assistiti.

E' stato appunto con riferimento a tale questione che la Corte di Cassazione ha avuto occasione di formulare il principio di graduazione tra gli status dei dichiaranti.

La fattispecie in ordine alla quale la Corte ha pronunciato l'ordinanza 2 luglio, n° 265, verteva su di un procedimento penale a carico di due coimputati nell'ambito del quale, conclusasi la vicenda a carico di uno soltanto dei due con sentenza di patteggiamento e proseguita invece a carico dell'altro coimputato, l'ormai ex-coimputato era stato sentito nel

medesimo procedimento dal quale era uscito a seguito del patteggiamento ed aveva reso dichiarazioni accusatorie a carico dell'imputato connesso (suo ex coimputato). Tale deposizione nella fattispecie concreta costituiva l'unico elemento di prova a carico dell'imputato, ma provenendo da un testimone assistito, soggetto alla disciplina di cui all'art. 197-bis e quindi anche alla disposizione del comma 6 dello stesso articolo, concernente l'applicabilità della disciplina dei riscontri, non sarebbe stata di per se sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità penale a carico dell'imputato, in assenza di riscontri idonei a confermarne l'attendibilità.

Alla Corte era stata quindi sollevata questione di legittimità circa l'applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 197-bis anche all'ex coimputato soggetto a sentenza di patteggiamento. Escludendone l'operatività, in relazione alla fattispecie in questione, le dichiarazioni accusatorie del testimone assistito avrebbero potuto essere utilizzate per fondare un giudizio di condanna.

La Corte ritenne che l'intento del legislatore del 2001 (L. n° 63), nel predisporre la disciplina della testimonianza assistita, era stato quello di enucleare diverse figure di dichiaranti che si differenziano per un diverso grado di coinvolgimento – altrimenti detto stato di relazione - rispetto ai fatti oggetto di procedimento, andando da un grado di assoluta estraneità che caratterizza il testimone ordinario, ad uno di massimo coinvolgimento proprio del coimputato concorrente nel reato.

Sempre ad avviso della Corte, il patteggiamento non eliminerebbe del tutto il coinvolgimento originario con la vicenda processuale, di conseguenza la conclusione fu il rigetto della questione di legittimità, in quanto la Corte ritenne legittima l'applicabilità della disciplina dei riscontri anche all'imputato di procedimento connesso che avesse reso dichiarazioni testimoniali dopo l'ottenimento di una sentenza di patteggiamento.

2.4 Il principio di graduazione degli status dei dichiaranti.

In conformità alla ratio ispiratrice dell'intervento legislativo del 2001 volta, come già più volte ribadito, a limitare l'area dell'incompatibilità a testimoniare nel modo più ampio possibile compatibilmente con i principi costituzionali del giusto processo (articolo 111 Cost.), in un'ottica di bilanciamento e di ricerca di un maggior equilibrio fra contrapposte istanze meritevoli di tutela e garanzia, in particolare da un lato il diritto al silenzio dell'imputato nel procedimento penale ed il contrapposto diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore, entrambi funzionali ad un'effettiva attuazione del diritto a difendersi costituzionalmente sancito dall'articolo 24 della Costituzione, merita a tal proposito esaminare il principio di graduazione elaborato dalla Corte costituzionale, in forza del quale è possibile individuare una pluralità di *status* di dichiaranti, i quali non possono essere considerati tutti allo stesso modo coinvolti nella

vicenda processuale connessa ed in relazione al diverso grado coinvolgimento risulterebbe più o meno pregnante la stessa operatività della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare e della testimonianza assistita.

Come risulta dalle considerazioni svolte fino a questo punto l'operatività dell'incompatibilità a testimoniare e conseguentemente della disciplina della testimonianza assistita, prima della pronuncia di una sentenza irrevocabile a carico del coimputato o imputato connesso o collegato art. 197, comma 1, lett. b), dipende dal tipo di legame che intercorre tra le vicende processuali connesse: quella a carico del dichiarante e l'altra a carico dell'accusato (cui si riferiscono i fatti oggetto delle precedenti dichiarazioni rese dall'imputato).

Infatti, mentre dopo l'intervento dell'irrevocabilità della sentenza pronunciata nei loro confronti, tutti i coimputati ed imputati connessi o collegati acquisiscono automaticamente la capacità di testimoniare nel procedimento connesso o collegato, assumendo in particolare la qualifica di testimoni assistiti, prima che sia intervenuta l'irrevocabilità della sentenza pronuncia in giudizio, perché vi sia la possibilità che l'imputato di procedimento connesso divenga comunque compatibile con l'ufficio di testimone è necessario distinguere in base al vincolo connettivo intercorrente tra i procedimenti: se si tratta di un coimputato o di un imputato di procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. a), l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, prima della sentenza irrevocabile pronunciata nei suoi confronti, è assoluta;

se si tratta di un imputato di procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. b), ovvero di reato collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b), allora esiste la possibilità che venga meno l'incompatibilità con l'ufficio di testimone anche prima della sentenza irrevocabile, quando lo stesso imputato di reato connesso in senso "debole" o di reato collegato, abbia reso precedentemente dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità, assumendo la qualifica di testimone assistito in ordine a quegli stessi fatti precedentemente dichiarati.

Da tutto ciò risulta quindi che la determinazione dello *status* del dichiarante dipende da una pluralità di elementi: il primo è il tipo di addebito formulato a suo carico; il secondo, il tipo di connessione o collegamento che il pubblico ministero che procederà a sentire il dichiarante, ritiene che intercorra tra i procedimenti interessati. In relazione a tali elementi risulta importante notare che la loro determinazione è rimessa alla pubblica accusa la quale, in sede di indagini preliminari, dovrà stabilire sia la qualificazione giuridica da attribuire al fatto da addebitabile all'indagato, sia la determinazione della veste con la quale sentirlo e gli esiti di tali operazioni di qualificazione risulteranno essere in prevalenza il frutto delle scelte discrezionali del pubblico ministero. I rischi di una simile prassi possono risultare chiari partendo da un esempio concreto, come quello costituito da ipotesi in cui si tratti di distinguere tra una condotta di favoreggiamento e quella invece di vero e proprio concorso nel reato,

oppure tra le condotte di concorso nel reato di furto, ovvero rapina o ricettazione: quando, ad esempio, la condotta illecita consiste in una promessa di acquistare il provento di un furto, in relazione alla stessa, risulta possibile una molteplice qualificazione giuridica. La stessa potrebbe essere qualificata in termini di concorso morale nel delitto di furto, ovvero in termini di tentativo di ricettazione, ove non segua l'effettivo acquisto.

A seconda della qualificazione giuridica attribuita alla condotta oggetto di accertamento, sarà possibile individuare una connessione “forte”, descritta dall'articolo 12, comma 1, lett. a), come nel caso in cui il pubblico ministero opti per il concorso nel reato, ovvero una connessione “debole”, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. c), ne caso in cui la stessa condotta sia qualificata come favoreggiamento, anziché concorso nel reato, ed in quest'ultima ipotesi potrebbe scattare la disciplina della compatibilità condizionata con l'ufficio di testimone, ai sensi dell'articolo 197, comma 1, lett. b), ove l'indagato nel corso dell'interrogatorio rendesse dichiarazioni sul fatto concernente l'altrui responsabilità.

Risulta pertanto evidente come una delicata e fondamentale operazione, quale quella di qualificazione giuridica del fatto addebitabile, si presti a facili manipolazioni da parte della pubblica accusa. Per impedire che ciò si verifichi in dottrina si è sostenuto che il pubblico ministero, nel momento in cui chiede l'esame dibattimentale di un determinato soggetto, abbia l'onere di provare il tipo di

connessione o collegamento da lui individuato e che dovrebbe essere conseguentemente riconosciuto al giudice, in sede di ammissione del mezzo di prova richiesto, il potere di sindacare la correttezza della qualifica con la quale si intende escutere il dichiarante in dibattimento ed eventualmente modificarla qualora la ritenga scorretta. In realtà non può non tenersi conto che in concreto e nella maggior parte dei casi al momento dell'ammissione della prova il giudice non ha a disposizione elementi sufficienti per valutare la correttezza dello *status* attribuito al dichiarante da parte del pubblico ministero. In ultima analisi quindi, non può negarsi che le operazioni di qualificazione giuridica del fatto e conseguentemente quella di determinazione degli *status* da attribuire ai dichiaranti da escutere in dibattimento, restano nella piena disponibilità del pubblico ministero che conduce le indagini preliminari.

Un ulteriore elemento rilevante ai fini della graduazione degli *status* di dichiaranti e della diversificazione nell'applicazione della disciplina dell'incompatibilità, come risulta complessivamente dal combinato disposto degli articoli 197, 197-bis e 210 c.p.p., è attinente al tipo di atto col quale si conclude il procedimento a carico dell'imputato, o indagato - stante l'equiparazione tra le due posizioni sancita dall'articolo 61 del codice di procedura penale, che stabilisce l'estensione al soggetto indagato della disciplina espressamente prevista per l'imputato di procedimento penale, a meno che non sia diversamente stabilito - in un procedimento penale connesso o collegato. Infatti ogni atti conclusivo del procedimento può avere, in

relazione al caso concreto o a proprie caratteristiche oggettive, carattere più o meno definitivo ed in relazione alla misura della forza di resistenza dell'atto rispetto ad un suo possibile superamento – come l'annullamento della sentenza di condanna o proscioglimento in sede di revisione, ovvero la riapertura delle indagini a seguito di un provvedimento di archiviazione - possono risultare, nei confronti dei soggetti che ne siano stati destinatari, più o meno pregnanti le esigenze di tutela cui è funzionalmente rivolta la stessa disciplina dell'incompatibilità a testimoniare.

A questo proposito è il caso di procedere all'individuazione degli *status* di dichiaranti e dell'effettivo grado di operatività della disciplina dell'incompatibilità sancita dall'articolo 197 c.p.p., in relazione a ciascuno di essi.

2.4.1 Il testimone garantito.

Una prima categoria di dichiaranti emersa in sede giurisprudenziale è quella del “testimone garantito”.

Quando una vicenda processuale si conclude a favore dell'imputato con sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto” - formula ampia - , una volta che sia divenuta irrevocabile ed il prosciolto sia chiamato ad assumere la qualifica di testimone in un procedimento connesso col proprio (ormai conclusosi definitivamente), tale soggetto non potrà essere considerato testimone assistito in senso proprio bensì,

appunto, testimone garantito. La diversa qualificazione costituisce il portato della sentenza della Corte Costituzionale del 21 novembre 2006 n. 381, con la quale la Consulta ha dichiarato *“l’illegittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 3 della Costituzione, dei commi 3 e 6 dell’art. 197-bis del codice di procedura penale, nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l’assistenza di un difensore e l’applicazione della disposizione di cui all’art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis c.p.p., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto”, divenuta irrevocabile.”*

La Corte Costituzionale è giunta a alla suddetta conclusione attraverso il preliminare richiamo all’ordinanza n. 265 del 2004, con la quale la stessa Corte aveva già preso in considerazione la questione di legittimità costituzionale dell’art. 197-bis, che in quella occasione era stata sollevata per contrasto con l’art. 3 Cost. – principio di uguaglianza -, in particolare del comma 6 dell’art. 197-bis, nella parte, attraverso il richiamo dell’art. 192, comma 3 c.p.p., rende applicabile la disciplina dei riscontri – c.d. *corroboration* – anche alle dichiarazioni rese, in qualità di testimone “assistito”, dal soggetto coimputato per il medesimo reato nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell’art. 444 c.p.p. .

In quell'occasione i giudici costituzionali dedussero che il soggetto coimputato o imputato in procedimento connesso o per reato collegato, destinatario di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444, successivamente divenuta irrevocabile, non fosse mai completamente terzo rispetto alla vicenda processuale nel cui ambito è chiamato a deporre, in quanto l'originario coinvolgimento del fatto che ne costituisce oggetto non può considerarsi mai completamente rimosso dalla sentenza di applicazione della pena su richiesta, benché sia divenuta irrevocabile. Il protrarsi dell'originaria contiguità rispetto al fatto oggetto del procedimento, giustificava la scelta del legislatore di attenuare la valenza probatoria delle dichiarazioni del soggetto in questione, prevedendo la necessità di *corroboration* con riscontri esterni.

Nella sentenza n. 381 del 2006, la Consulta invece delineò un quadro diverso e ben preciso con riferimento specifico al testimone assistito.

La fattispecie dalla quale è scaturita la suddetta sentenza costituzionale consisteva in un procedimento penale a carico di tre coimputati per bancarotta fraudolenta documentale, uno dei quali aveva ottenuto l'assoluzione con la formula "per non aver commesso il fatto" in sede di giudizio abbreviato. Lo stesso ex-coimputato assolto era stato poi chiamato a testimoniare in sede dibattimentale (nel processo proseguito nei confronti dei restanti due coimputati) ed in quella sede aveva reso dichiarazioni accusatorie nei confronti degli imputati.

In tale contesto la questione di legittimità era stata sollevata di fronte alla Corte Costituzionale sull'assunto che le dichiarazioni testimoniali rese dall'ex-coimputato assolto irrevocabilmente per non aver commesso il fatto dovevano considerarsi da sole idonee a fondare un giudizio di condanna, senza quindi la necessità di *corroboration* mediante riscontri esterni idonei a confermarne l'attendibilità.

Facendo riferimento al già enunciato principio di graduazione tra gli status dei dichiaranti, la Consulta ritenne che in questo caso la disciplina prevista dal comma 6 dell'art. 197-bis fosse "*priva di qualsiasi giustificazione sul piano razionale*" dal momento che nei confronti dell'imputato giudicato con sentenza irrevocabile di assoluzione per non aver commesso il fatto "*l'ordinamento ha già acclarato, in via definitiva, l'inesistenza di qualunque correlazione con il fatto oggetto della verifica processuale, significativa agli effetti della responsabilità penale*". Quindi l'assoluzione per non aver commesso il fatto è idonea ad eliminare qualunque coinvolgimento con la vicenda processuale connessa, in quanto una tale sentenza comporta la totale *restituito in integrum* del soggetto innocente, sancendo la sua estraneità *ab origine* rispetto alla vicenda nella quale era stato coinvolto a titolo di imputazione.

Svalutare il contributo offerto dal soggetto beneficiario del giudicato assolutorio, considerando le sue dichiarazioni inidonee da sole a fondare il convincimento del giudice e quindi necessaria l'applicazione della regola di giudizio espressa dall'art. 192, comma 3, sarebbe,

secondo i Giudici costituzionali, irragionevole e contrastante con l'art.

3 Cost.: *“sia perché appare carente di ogni giustificazione l'applicazione della regola legale di valutazione della necessaria corroboration con riscontri esterni, una volta intervenuto l'irrevocabile accertamento di estraneità del soggetto rispetto alla verifica processuale dell'accusa; sia perché tale limitazione, resistendo persino all'effetto preclusivo del giudicato assolutorio, appare in suscettibile di essere emendata e, dunque, paradossalmente immutabile”*.

La presunzione di minore attendibilità, scaturente dalla regola di valutazione probatoria ex art. 192, comma 3 c.p.p., richiamato dall'art. 197-bis, comma 6, risulta infatti irragionevolmente discordante rispetto ai principi e regole che presiedono alla valutazione giudiziale delle dichiarazioni rese dal testimone ordinario, data la comune condizione di assoluta indifferenza rispetto alla vicenda oggetto di accertamento processuale.

Inoltre, con riferimento alla previsione di assistenza difensiva obbligatoria, di cui al comma 3 dell'art. 197-bis, da applicarsi anche all'imputato prosciolti per non aver commesso il fatto, la Corte giunse a sancirne l'illegittimità costituzionale sulla base dell'osservazione che la normativa in questione assimilava irragionevolmente – sia con riguardo alla necessità di assistenza difensiva, sia anche riguardo alla regola di valutazione probatoria del dichiarato – le dichiarazioni rese dai dichiaranti già coimputati ed assolti per non aver commesso il fatto

a quelle rese dai soggetti dichiaranti ex art. 210 c.p.p., ossia provenienti da una tipologia di dichiaranti assolutamente diversa, in quanto pienamente coinvolti nel fatto oggetto di giudizio).

In conclusione i Giudici ritennero che l'assistenza difensiva obbligatoria, di cui all'art. 197-bis, comma 3 c.p.p. , oltre a risultare priva di fondamenti normativi apprezzabili, apparisse in realtà addirittura in logico contrasto con la neutralità del dichiarante rispetto a giudizio affermata dal giudicato di assoluzione ed affermò che una tale previsione normativa configurasse *“un indubbio vulnus al principio di eguaglianza sostanziale, atteso che, proprio in forza della presenza del difensore, la categoria dei dichiaranti in esame risulta soggetta, quanto alle modalità di assunzione della prova, ad un trattamento irragionevolmente diverso alla generalità degli stessi”*.

Sulla base della suddetta pronuncia costituzionale, l'assolto per non aver commesso il fatto sembrerebbe in tutto e per tutto assimilabile ad un qualunque *quivis del populo*, totalmente estraneo alla vicenda processuale, idoneo quindi ad assumere la qualifica di testimone comune, assoggettato alla disciplina ordinaria della prova testimoniale.

In realtà l'intento della Corte non è stato quello di escludere completamente questa categoria soggettiva dal novero dei testimoni soggetti alla peculiare disciplina sancita dall'art. 197-bis, dal momento che la sentenza di incostituzionalità ha colpito soltanto una parte della norma (i commi 3 e 6), rimanendo applicabile nei confronti dello stesso soggetto destinatario della sentenza irrevocabile di assoluzione

per non aver commesso il fatto, la restante parte della disciplina non colpita dalla pronuncia di incostituzionalità.

In particolare – dovendo escludere l’operatività della previsione del riconoscimento del privilegio contro l’autoincriminazione, di cui al comma 4, in quanto l’assolto per non aver commesso il fatto non rientra in nessuna delle categorie soggettive richiamate dalla disposizione, non potendo considerarsi soggetto imputato di procedimento ancora pendente e neppure soggetto condannato in giudizio - rimane applicabile a suo favore la previsione garantistica di cui al comma 5, che dispone la inutilizzabilità in sede di revisione della sentenza di condanna, ed in qualsiasi altro giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto della stessa sentenza, delle dichiarazioni *contra se* rese dal deponente in sede di escussione della testimonianza assistita.

Quindi, per concludere, la diversa qualificazione come testimoni “garantiti” deriva dal fatto che gli stessi non possono considerarsi testimoni assistiti in senso proprio in quanto non più soggetti *in toto* alla disciplina speciale di cui all’art. 197-bis, ma dal momento che non ne sono neppure completamente esclusi, rimanendo loro applicabile almeno una delle previsioni garantistiche che caratterizzano la stessa disciplina, non potranno neppure essere assimilati a dei testimoni comuni soggetti alla disciplina generale della prova testimoniale: di conseguenza, il così detto testimone “garantito”, risulta costituire una

sorta di categoria intermedia tra quella ordinaria del testimone comune e quella speciale del testimone assistito.

2.4.2 La testimonianza del soggetto archiviato e del prosciolti per non luogo a procedere.

Sempre nell'ottica di un progressivo restringimento dell'ambito operativo dell'incompatibilità, una questione da sempre controversa che ha visto l'alternarsi ed il contrapporsi nel tempo di diverse interpretazioni dottrinali e, soprattutto, giurisprudenziali, è quella concernente lo *status* da attribuire ad una duplice tipologia di soggetti, ovvero: la persona nei cui confronti si siano svolte indagini penali conclusesi con un provvedimento di archiviazione; colui che al termine dell'udienza preliminare sia stato prosciolti con la formula del non luogo a procedere.

Il dubbio circa la qualifica da attribuire a questi soggetti in sede di escussione della prova testimoniale è da attribuirsi al silenzio del legislatore il quale, nel delineare l'ambito soggettivo di operatività ed i limiti dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone del coimputato ed imputato di reato connesso o collegato, alle lettere a) e b) dell'articolo 197, non richiama espressamente ne il provvedimento di archiviazione delle indagini e neppure la sentenza di non luogo a procedere all'interno dell'elenco di provvedimenti idonei a far venir meno l'incompatibilità.

Facendo riferimento alla ratio complessiva della disposizione esaminata, la soluzione interpretativa che è parsa più coerente in dottrina, e con la quale è opportuno concordare, è la seguente: i provvedimenti elencati dall'articolo 197 lett. a) (sentenza di proscioglimento, condanna applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444), sono tutti connotati dal carattere di definitività. Definitivo è cioè l'accertamento sul fatto proprio, tale da comportare il venir meno delle esigenze difensive ed in particolare della tutela del diritto al silenzio di chi sia ormai al riparo dal rischio di autoincriminazione relativamente allo stesso oggetto di accertamento, in forza di un giudicato oramai divenuto irrevocabile – e quindi, appunto, definitivo – per l'operatività del principio del *ne bis in idem*. In conseguenza di tale carattere definitivo dell'accertamento giudiziale, non sussiste più alcun ostacolo all'assunzione da parte dell'imputato giudicato irrevocabilmente dell'obbligo testimoniale penalmente sanzionato di deporre secondo verità, anche nel procedimento penale connesso o collegato ancora in pendenza. Stante il carattere non definitivo dei provvedimenti di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere, analizzati da sempre in parallelo proprio per il carattere di precarietà che li accomuna, e stante la loro non espressa menzione nell'elenco di cui all'articolo 197, lett. a), deve ragionevolmente concludersi per la sussistenza dell'incompatibilità a testimoniare dell'indagato in un procedimento connesso o collegato anche dopo che nei suoi confronti sia stato

pronunciato decreto di archiviazione, ovvero sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere al termine dell'udienza preliminare. L'eventuale assunzione di dichiarazioni da parte di queste categorie di soggetti , pertanto, potrà aver luogo nelle modalità dell'esame dibattimentale ai sensi dell'articolo 210 c.p.p., quindi con facoltà dell'esaminato di non rispondere (comma 4, art. 210) e senza obbligo penalmente sanzionato di dire la verità.

In ossequio all'orientamento della dottrina prevalente, l'elenco dei provvedimenti di cui all'articolo 197, comma 1, lett. a), è da ritenersi quindi tassativo, stante la formulazione della disposizione che affida ad una clausola di salvezza la funzione di determinare le ipotesi di esclusione dell'incompatibilità, facendo così intendere che queste ipotesi siano eccezionali, dunque non suscettibili di interpretazione analogica. Stando quindi all'interpretazione più fedele alla lettera della norma, la scelta del legislatore sarebbe stata quella di non consentire l'escussione in qualità di testimoni di soggetti i quali, in forza del carattere non definitivo della definizione del procedimento svolto nei loro confronti, suscettibile di riapertura – come nell'ipotesi di riapertura delle indagini per nuove esigenze investigative, a norma dell'articolo 414 c.p.p., ovvero nel caso di eventuale revoca della sentenza di non luogo a procedere per sopravvenienza di nuove prove, ai sensi dell'articolo 434 c.p.p. – sarebbero oggetti al rischio di autoincriminazione qualora fossero chiamati a rendere testimonianza del procedimento connesso o collegato, essendo in quella sede

obbligati a rispondere secondo verità. Inoltre il carattere precario dei provvedimenti conclusivi del procedimento oggetto di analisi non li rende idonei a ritenere rescisso ogni legame e coinvolgimento di interessi con la vicenda procedimentale connessa o collegata, permanendo il rischio che l'ex-indagato "archiviato", ovvero il proscioltto per non luogo a procedere, possano rendere deposizioni mendaci per non incriminarsi, pregiudicando l'attendibilità della prova e la corretta formazione del convincimento del giudice in ordine alla ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento.

Oltre a questa interpretazione prevalente in dottrina, se ne registra un'altra minoritaria la quale, contrariamente alla precedente, propende per il carattere non tassativo dell'elenco di provvedimenti che escludono l'incompatibilità a testimoniare, di cui all'articolo 197, comma 1, lett. a). Quest'ultima impostazione si basa sulla logica secondo la quale l'incompatibilità sancita dall'articolo 197 c.p.p. costituirebbe un'eccezione rispetto alla regola rappresentata dalla capacità di testimoniare attribuita ad ogni persona, ai sensi dell'articolo 196 c.p.p. I casi in cui, intervenuti i provvedimenti elencati dall'articolo 197, comma 1, lett. a), viene meno l'incompatibilità con l'ufficio di testimone dei coimputati ed imputati connessi o collegati, costituisce a sua volta – sempre secondo l'interpretazione della dottrina minoritaria – un'eccezione alla previsione, a sua volta eccezionale, della incompatibilità a testimoniare. Procedendo nella logica del ragionamento, l'esclusione della incompatibilità, costituendo una

eccezione alla eccezione alla regola generale, rientrerebbe essa stessa nella regola (capacità di testimoniare) e, come tale, non si porrebbero limiti ad una interpretazione analogica della stessa anche fino ad estenderla – per analogia, appunto- ai provvedimenti di archiviazione e di non luogo a procedere, pur non espressamente menzionati dalla norma.

La tesi non è convincente e la critica può essere mossa da più punti di vista. Innanzitutto essa si basa concettualmente su un asserito rapporto regola-eccezione sussistente tra la previsione di generale capacità a testimoniare, sancita dall'articolo 196, e la previsione di incompatibilità con l'ufficio di testimone, prevista dal successivo articolo 197. In realtà, ad un'attenta analisi, tra le due disposizioni non può considerarsi intercorrente un vero e proprio rapporto di specialità, trattandosi di due situazioni differenti sul piano concettuale, essendo l'incompatibilità un concetto relativo, mentre la capacità ha carattere generale: il soggetto che risulta essere incompatibile con l'ufficio di testimone – ad esempio l'imputato di procedimento penale connesso – continua ad essere capace generalmente capace di testimoniare in qualsiasi procedimento penale, tranne e soltanto in quello in relazione al quale sussistono i presupposti di incompatibilità – come l'esistenza di un vincolo connettivo o collegamento probatorio - , nel quale è vietata la sua escussione testimoniale.

Inoltre, la formulazione dell'elenco di provvedimenti di cui all'articolo 197, comma 1, lett. a), come visto in precedenza, non può prescindere

dal carattere che li accomuna tutti e che è quello della loro definitività, elemento indefettibile per la legittimazione di un sacrificio delle istanze difensive proprie dell'imputato di procedimento penale, in favore delle esigenze di accertamento giudiziale, rese possibili attraverso l'escussione dibattimentale di questi soggetti nella veste di testimoni obbligati a dichiarare il vero. Far rientrare provvedimenti non aventi il medesimo carattere di definitività, quali il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere, all'interno di questo elenco, significherebbe operare un'interpretazione analogica priva di legittimo fondamento, in quanto non conforme alla ratio ispiratrice dell'istituto stesso della incompatibilità ed in particolare della previsione di esclusione della stessa, in relazione ad ipotesi individuate dal legislatore in maniera evidentemente tassativa.

Su questa specifica materia si è più volte pronunciata la Corte costituzionale che, a seguito dell'entrata in vigore della legge n° 63 del 2001, ha cercato in più occasioni di rispondere ai giudici di merito che si rivolgevano alla Corte per superare le difficoltà interpretative scaturite dall'applicazione delle nuove norme, tra cui anche questioni interpretati attinenti alla qualificazione dell'indagato connesso o collegato dopo l'intervento di un decreto di archiviazione delle indagini, e l'imputato prosciolto per non luogo a procedere al termine dell'udienza preliminare.

Sono in particolare tre le pronunce costituzionali di rilievo che attengono alla materia in esame, quali, in ordine cronologico,

l'ordinanza n. 452 del 2002, l'ordinanza n. 76 del 2003 e la n. 205 del 2003.

Con la prima di queste pronunce, l'ordinanza n. 452 del 2002, la Corte si era mostrata contraria alla posizione assunta dal giudice di merito rimettente, secondo il quale la posizione dell'ex-indagato per il medesimo reato a seguito del decreto di archiviazione delle indagini a suo carico, non rientrerebbe tra i casi di incompatibilità con l'ufficio di testimone previsti dall'articolo 197, comma 1, lett. a) e questo perché la norma, avente carattere eccezionale, presupporrebbe, sempre secondo il giudice di merito rimettente, l'attualità della qualifica di imputato ed indagato – per assimilabilità della posizione di indagato con quella di imputato, ove non diversamente disciplinato, ai sensi dell'articolo 61 c.p.p. - , non potendo quindi estendere la portata della disciplina a chi non riveste più tale qualifica. La Corte si è pronunciata contrariamente a questa impostazione, facendo intendere che l'interpretazione più corretta debba essere invece quella di ritenere l'incompatibilità con l'ufficio di testimone anche del soggetto coindagato per il medesimo reato a seguito dell'intervento del decreto di archiviazione delle indagini.

Anche con la successiva ordinanza n. 76 del 2003 è stata mantenuta la stessa linea interpretativa. In quella occasione la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità sollevata dal giudice di merito, in ordine alla possibilità di assumere come testimone assistito l'indagato del procedimento connesso o collegato

nei cui confronti sia stata pronunciato decreto di archiviazione ai sensi dell'articolo 411 c.p.p. – la norma prende in considerazione i casi in cui l'archiviazione sia pronunciata per mancanza di una condizione di procedibilità, ovvero perché il reato risulta estinto o non è previsto dalla legge come reato. La Corte ha escluso la possibilità di assimilare il provvedimento di archiviazione delle indagini con una sentenza irrevocabile, stante il carattere di forte instabilità che la caratterizza. Ha inoltre rilevato come non possa configurarsi con precisione ed omogeneità un'identità dell'epilogo procedimentale consistente all'archiviazione delle indagini, dal momento che essa può essere disposta per motivi di diversa natura, ciascuno dei quali comporta una forza di resistenza differente rispetto ad una eventuale riapertura della indagini ex art. 414 c.p.p., una varietà tale da indurre suggerire una disciplina differenziata circa il tema dell'incompatibilità del soggetto "archiviato" con l'ufficio di testimone.

Seguendo questo ragionamento la Corte, ove avesse accolto la questione di legittimità sollevata, si sarebbe trovata nella posizione di dover definire una disciplina non circoscritta alla situazione oggetto del giudizio *a quo* –ovvero di archiviazione ai sensi dell'articolo 411 c.p.p.- , ma correlata agli altri casi di archiviazione presenti dell'ordinamento processuale, comportando ciò la necessità di un complesso intervento di ricostruzione del sistema delle incompatibilità con l'ufficio di testimone, operazione però non attinente alla funzione

giurisdizionale, bensì rientrante a pieno titolo nelle attribuzioni del legislatore.

Sulla stessa linea si registra anche la decisione n. 205 del 2003, con la quale la Corte ha precisato che, nel caso in cui il soggetto archiviato sia stato in precedenza indagato per il medesimo reato per cui si procede, ovvero sia stato indagato in un procedimento connesso in senso “forte”- cioè nelle ipotesi di connessione ai sensi dell’art. 12, comma 1, lett. a) – l’incompatibilità a testimoniare di questo stesso soggetto risulterebbe giustificata dalla peculiare situazione derivante dalla unicità del fatto-reato per il quale si procede e dai conseguenti profili di interferenza con la posizione dell’imputato, e ciò anche nel caso sia disposta archiviazione ai sensi dell’articolo 408 cp.p. , il quale si riferisce a situazioni non omogenee – ex art. 408 la richiesta di archiviazione si basa sulla infondatezza della notizia di reato - , in relazioni alle quali può risultare diverso il grado di resistenza rispetto ad una possibile riapertura delle indagini, dal momento che sono molteplici e della più diversa natura, le situazioni che possono determinare l’infondatezza della notizia di reato, presupposto per un’archiviazione “nel merito”. Anche in questa occasione la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità della questione di legittimità che le era stata sollevata, sull’assunto che la soluzione a tali questioni consisterebbe nella prospettazione di una differenziazione sul piano della disciplina applicabile a seconda delle diverse tipologie di

“formule” con le quali è decretata l’archiviazione e del grado di connessione tra i procedimenti.

In altre parole, in entrambe le pronunce del 2003 la Corte, pur ammettendo l’esistenza di una lacuna normativa, ha riconosciuto di non poter intervenire efficacemente in materia, essendo quello della definizione di una disciplina relativa ai casi di archiviazione in relazione alla compatibilità o meno con l’ufficio di testimone, oggetto di funzione legislativa e non giurisdizionale.

In reazione alle affermazioni della Corte non si conseguentemente potuto delineare un panorama di indirizzi giurisprudenziali univoci. E’ da riconoscere tuttavia che, sebbene le richiamate pronunce non abbiano potuto fornire una soluzione alla questione esaminata, spettante piuttosto al legislatore, hanno comunque fornito alcune indicazioni per superare le incertezze interpretative imputabili alle lacune nel dettato normativo della nuova regolamentazione legislativa introdotta nel 2001.

Infatti, nella giurisprudenza della Cassazione a sezioni semplici si è andato sempre più consolidando un orientamento secondo cui il provvedimento di archiviazione, provvedimento notoriamente connotato da instabilità e pertanto non assimilabile ad una pronuncia di assoluzione divenuta irrevocabile, non sia idoneo ad escludere l’incompatibilità del soggetto indagato di procedimento connesso o collegato. Di conseguenza la posizione dell’archiviato sarebbe, secondo questo orientamento, assimilabile a quella dell’imputato di

procedimento per reato connesso o collegato ancora in pendenza. Quindi, qualora l'ex-indagato risulti connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. a), l'unica modalità per assumere sue dichiarazioni nel procedimento connesso, rimarrebbe quella dell'esame dibattimentale dell'imputato, ai sensi dell'articolo 210 c.p.p. Sempre seguendo lo stesso ragionamento, qualora l'ex-indagato sia invece connesso teleologicamente (connessione ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c) o probatoriamente collegato (articolo 371, comma 2, lett. b) potrà assumere la veste di testimone assistito qualora abbia reso dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità, previo avvertimento ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. c).

Un opposto, seppur minoritario, orientamento della Cassazione a sezioni semplici, optava invece per l'assimilabilità dell'indagato archiviato – come anche del prosciolto in udienza preliminare per non luogo a procedere – all'imputato giudicato con sentenza divenuta irrevocabile, ammettendone quindi sempre l'esame nelle forme della testimonianza assistita.

Dal quadro complessivo emergente dalla giurisprudenza della Cassazione, risultava una decisa propensione a favore della tesi dell'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone, almeno come testimone comune, della persona destinataria del provvedimento di archiviazione o di prosciolto in udienza preliminare per non luogo a procedere. Il merito del rafforzamento di questa impostazione è da attribuirsi sicuramente anche alle pronunce costituzionali del 2003, dal

momento che prima di esse si registrava una forte spaccatura nella giurisprudenza della Cassazione tra l'indirizzo che riteneva i soggetti archiviati comunque incompatibili con l'ufficio di testimone, e quello che li riteneva esclusi dall'ambito operativo dell'incompatibilità.

Una svolta in materia è stata sancita da un intervento delle Sezioni unite della Cassazione, la sentenza 29 marzo 2010, n. 12067 , De Simone, con la quale la Cassazione era stata chiamata a risolvere un contrasto giurisprudenziale in tema di cumulo tra le qualifiche di persona offesa e di imputato connesso o collegato – materia che sarà oggetto di specifica analisi nel da analisi nel paragrafo successivo. In quella occasione le Sezioni unite presero in considerazione, in via meramente giurisprudenziale, anche la questione riguardante lo status da attribuire all'indagato connesso o collegato nei cui confronti sia stata decretata l'archiviazione, giungendo a conclusioni del tutto differenti da quelle consolidate nella giurisprudenza della Cassazione fino a questo momento. Con la sentenza presa in considerazione, le Sezioni unite della Cassazione giunsero ad affermare il principio in forza del quale la disciplina dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone di cui all'art. 197 comma 1, lett. a) e b), all'art. 197-bis ed all'art. 210 c.p.p., non dovesse essere applicabile alle persone sottoposte a indagini in un procedimento connesso o relativo a reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), nei cui confronti sia stato emesso decreto di archiviazione.

Giungendo alla conclusione che l'indagato "archiviato", non essendo soggetto incompatibile con l'ufficio di testimone, possa essere sentito nella veste di testimone comune. Al riguardo, sempre con tale affermazione di principio, la Corte realizzò un'ulteriore operazione innovativa rispetto al passato, ovvero quella di scindere la posizione dei c.d. archiviati da coloro che fossero stati prosciolti in udienza preliminare con sentenza di non luogo a procedere, affermando che questi ultimi, al contrario dei primi (gli archiviati), rientrassero invece nell'ambito soggettivo di operatività dell'incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 197, comma 1, lett. a) e b), all'art. 197-bis e art. 210 c.p.p.

La Cassazione giunse a tale conclusione sulla base del rilievo secondo il quale il cardine dell'intero sistema, dal quale scaturisce la disciplina dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone, risiede nella necessità di tutelare il diritto al silenzio, corollario del diritto di difesa, tutela che presuppone la sussistenza di un'accusa cristallizzata in una imputazione. Pur riconoscendo l'esistenza di esigenze difensive anche nei confronti di chi, prima dell'esercizio dell'azione penale, sia sottoposto alle indagini, la Corte rilevò che tali esigenze dovevano considerarsi insussistenti dopo l'intervento del decreto di archiviazione, conclusivo delle stesse indagini preliminari.

In altre parole, seguendo questo ragionamento, perché vi sia necessità di tutelare il diritto al silenzio dell'imputato, è necessario che vi sia stata la formulazione di un'imputazione, la quale può verificarsi solo

attraverso l'esercizio dell'azione penale a conclusione delle indagini preliminari. Consistendo l'archiviazione nell'epilogo procedimentale diametralmente opposto a quello consistente nell'esercizio dell'azione penale, l'intervento di un decreto di archiviazione esclude che possa esservi un atto di esercizio dell'azione penale col quale sia cristallizzato un capo d'accusa in una imputazione. Di conseguenza non avrebbe fondamento giuridico fornire una tutela – quella del diritto al silenzio – laddove non sussistono le medesime istanze difensive, come accade appunto in relazione al soggetto “archiviato” il quale, a seguito della pronuncia di archiviazione, sarebbe assimilabile ad un qualunque altro *quivis del populo* estraneo, e quindi non coinvolto in alcun modo, alla vicenda processuale connessa o relativa a reato collegato. Si capisce pertanto la distinzione operata in relazione al prosciolto per non luogo a procedere: la sentenza in questione interviene in sede di udienza preliminare, quindi a seguito dell'inizio del processo scaturito dall'atto di esercizio dell'azione penale con il quale sia stata formulata un'imputazione a tutti gli effetti. Pertanto, in relazione a questo soggetto, sussisterebbero le medesime esigenze difensive, e quindi la necessità di applicare la disciplina dell'incompatibilità a testimoniare, proprie di chiunque sia imputato in un procedimento penale.

Anche riguardo ai rischi circa una possibile riapertura delle indagini a seguito di una precedente archiviazione, la Cassazione ritenne che le probabilità di riapertura delle indagini per chi fosse già stato indagato,

fossero pari alle possibilità di apertura *ex novo* delle indagini nei confronti di qualunque altro soggetto. Di conseguenza, si ritenne sufficiente in relazione a questa categoria soggettiva, il riconoscimento delle garanzie predisposte per il testimone comune, ovvero quella contro l'autoincriminazione di cui all'articolo 198, comma 2, e la garanzia disposta dall'articolo 63, comma 1, cp.p.

A sostegno di tale assunto la Corte fece riferimento a diversi argomenti letterali, fra cui principalmente quello secondo cui la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli articoli 197, 197-bis e 210, si riferiscono solo all'imputato di procedimento penale, essendo applicabili anche ai soggetti indagati, per estensione disposta in forza dell'art. 61 c.p.p., ma l'archiviato non può più considerarsi soggetto indagato, di conseguenza non sarebbe fondata l'estensione nei suoi confronti della tutela fornita dalla disciplina della incompatibilità a testimoniare.

Le argomentazioni che hanno indotto alle conclusioni cui è giunta la Cassazione a Sezioni unite possono essere confutate, in particolare muovendo dalla critica del modo in cui ne sono uscite screditate le istanze difensive del soggetto archiviato. Allo scopo di escludere l'operatività della disciplina dell'incompatibilità nei confronti dell'indagato di procedimento connesso o collegato a seguito di archiviazione, la Cassazione ha fatto leva sull'esclusione del decreto di archiviazione delle indagini dal novero dei provvedimenti conclusivi del procedimento, paragonandolo piuttosto - nel senso di alternativa

diametralmente opposta - all'atto di esercizio dell'azione penale. Con tale ragionamento è stato messo in ombra il rilievo che il decreto di archiviazione consiste in realtà anch'esso in un provvedimento conclusivo del procedimento e che anzi fra tutti risulta il più instabile, quello cioè più facilmente superabile attraverso la riapertura delle indagini.

Il limite dell'argomentazione delle Sezioni unite consisterebbe proprio nell'aver escluso la possibilità di applicare anche al provvedimento di archiviazione il principio di graduazione degli elaborato dalla Corte costituzionale, secondo il quale gli *status* dei dichiaranti sono da rapportarsi al legame più o meno stretto col fatto di reato, desumibile anche dalla tipologia, più o meno stabile, del provvedimento conclusivo di cui esse eventualmente siano stati destinatari.

Nonostante i margini di criticabilità dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nella richiamata sentenza delle Sezioni Unite del 2010, a seguito della pronuncia si è registrato nella giurisprudenza di merito un elevato tasso di adesione allo stesso orientamento.

Provando a trarre delle conclusioni riguardo ad una materia piuttosto controversa quale quella oggetto di esame, è da rilevare quanto sia stato e continui ad essere delicato ed allo stesso tempo cruciale l'impegno dell'interprete, avente lo scopo di cercare di individuare a livello giurisprudenziale dei punti fermi non altrimenti ricavabili a livello legislativo a causa di una lacuna normativa. Lacuna che,

nonostante gli sforzi registrati, non s'è stata pienamente colmata neppure attraverso gli autorevoli interventi della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione. Anzi, i mutamenti di rotta sanciti dai suddetti interventi, le opposte tesi ed orientamenti giurisprudenziali che sono andati contrapponendosi negli anni, hanno comportato l'inevitabile consolidarsi di una situazione di ancora maggiore incertezze che pare condurre ad un progressivo e generalizzato adeguamento alla tesi elaborata dalle Sezioni Unite nella sentenza n.12067 del 2010, sia da parte della successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici della stessa Cassazione, sia da parte della giurisprudenza di merito. Un mutamento che però pare deviare da alcuni principi, tra cui quello di graduazione degli status, comportando notevoli disparità di trattamento tra posizioni processuali ugualmente meritevoli di tutela sul piano del diritto al silenzio, con seri dubbi circa la compatibilità con il complessivo quadro normativo delineato dal legislatore del 2001.

Da queste considerazioni si deduce che la decisione delle Sezioni Unite non è stata in grado di fissare dei traguardi interpretativi dotati di adeguata stabilità, bensì suscettibili di nuove rivisitazioni, anche attraverso successivi interventi da parte delle stesse Sezioni Unite.

E' inevitabile che una tale mutevolezza di orientamenti interpretativi, accompagnata all'inerzia del legislatore nel colmare il vuoto normativo, pregiudicano al contempo la legalità e la certezza del diritto processuale. Sebbene sia possibile ed auspicabile che nel lungo

periodo il progressivo lavoro della giurisprudenza possa indurre a risultati esegetici conformi e maggiormente allineati ai principi di fondo del sistema, rimane il fatto che in materia di incompatibilità a testimoniare è indispensabile una precisa disciplina correlata ai diversi casi di archiviazione e differenziata in base al grado di connessione tra i procedimenti, e ciò non può aversi senza il doveroso intervento del legislatore. Finchè la materia non troverà soluzione del dettato codicistico, permane tutta via il dovere degli operatori del diritto di ricostruire le linee interpretative in modo tale da non indebolire la coerenza interna del sistema delineato dal legislatore del 2001, operando piuttosto per conservare la continuità con l'obiettivo dello stesso legislatore di trovare un equilibrio tra il diritto al silenzio dell'accusatore ed il diritto dell'accusato a confrontarsi con l'accusatore attraverso il metodo dialettico del contraddittorio.

2.4.3 La testimonianza della persona offesa.

Sempre nell'ottica di determinazione dei confini di operatività del'incompatibilità con l'ufficio di testimone, un'ulteriore questione interpretativa di rilievo è quella concernente lo *status* da attribuire all'imputato di un reato commesso in danno reciproco, cioè di quella persona che cumuli in se la qualifica di imputato e di persona offesa dal reato, configurandosi una causa di collegamento probatorio ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), che richiama espressamente, tra gli

altri, i reati che siano stati “commessi da più persone in danno le une alle altre”. La questione si pone poi in relazione ad un'altra, già trattata a proposito della qualifica processuale del soggetto indagato che sia chiamato a testimoniare in un procedimento connesso o collegato a seguito dell'archiviazione delle indagini a proprio carico, in particolare quando ad essere archiviata è una delle due indagini aventi ad oggetto l'accertamento di reati commessi in danno reciproco.

Con riferimento generale alla qualifica di persona offesa e alla sua compatibilità con l'ufficio di testimone, un primo orientamento della Corte di Cassazione, mutato solo di recente, era volto a ritenere tale qualifica prevalente rispetto a quella eventualmente cumulata di imputato e pertanto la persona offesa, sebbene fosse a sua volta imputata in un procedimento penale, doveva essere sentita nella veste di testimone comune come qualunque altra persona offesa che non cumulasse su di se anche la qualifica di imputato, escludendo in tal modo l'operatività dell'incompatibilità a testimoniare di cui all'articolo 197, nonché della disciplina della testimonianza assistita di cui all'articolo 197-bis. Tale orientamento trovava il proprio fondamento nel principio della ricerca della verità, il quale sarebbe risultato compromesso qualora, facendo prevalere la qualifica di imputato su quella di persona offesa, non si fosse consentita l'escussione della testimonianza di questa complessa categoria soggettiva, in ossequio alle esigenze di tutela del diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale.

In un secondo momento la Cassazione, ed in particolare le Sezioni Unite con la già nota sentenza n. 12067 del 2010, ha operato un'inversione di rotta realizzando ciò che sarebbe dovuto risultare già in maniera evidente dalla lettera dello stesso articolo 197-bis, comma 2, ovvero che la fattispecie di reato commesso in danno reciproco rientra a pieno titolo nelle ipotesi di reati collegati ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), quindi richiamata espressamente dalla lett. b) dell'art. 197, la quale individua gli imputati di procedimento collegato quali soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone, almeno fino alla irrevocabilità della sentenza pronunciata nei loro confronti, a meno che, prima della irrevocabilità della sentenza, gli stessi imputati non abbiano reso dichiarazioni *erga alios*, previo avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) (ipotesi di compatibilità condizionata). E' poi lo stesso comma 2 dell'art. 197-bis che, individuando la seconda categoria di testimoni assistiti, fa riferimento agli imputati di reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b) (quindi riferendosi anche ai reati commessi in danno reciproco), senza alcun riferimento specifico all'eventualità di un cumulo con ulteriori qualifiche processuali. Pertanto, è da ritenere sempre prevalente la qualifica di imputato rispetto a quella di persona offesa, cosicché risulterà senz'altro applicabile sia la disciplina sull'incompatibilità a testimoniare (art. 197, lett. b), sia quella sulla testimonianza assistita, nell'ipotesi in cui l'imputato/persona offesa sia chiamato a deporre nel procedimento collegato (art. 197-bis, comma 2).

Riguardo invece alla situazione più specifica sopra richiamata, si è posto il problema circa l'operatività dell'incompatibilità a testimoniare, e quindi anche della applicabilità della disciplina della testimonianza assistita, nei confronti della persona offesa la quale sia stata soggetta a sua volta ad indagini per una fattispecie di reato collegato, conclusesi poi con un provvedimento di archiviazione.

Al riguardo è opportuno fare riferimento alla soluzione elaborata dalla Corte Costituzionale che si è pronunciata a seguito di una questione di legittimità sollevata dal giudice di merito in ordine alla asserita violazione di due disposizioni costituzionali, gli articoli 3 e 101 Cost, ad opera del combinato disposto degli articoli 197, 210, comma 6, e 192, comma 4, c.p.p. , nella parte in cui estendono la relativa disciplina anche alle ipotesi in cui il reato collegato a quello per cui si procede sia il reato di calunnia susseguente a denuncia dell'originario denunciato (reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2 lett. b, reato commesso in danno reciproco).

Il Tribunale che aveva sollevato la questione di legittimità faceva leva su due pronunce antecedenti della stessa Corte Costituzionale, la n° 108 del 1992 e la n° 109 del 1992, ritenendo, sulla base di queste pronunce, che neppure l'archiviazione disposta nei confronti dell'originario denunciante, a sua volta denunciato, sarebbe stata in grado di risolvere il problema data l'inidoneità del provvedimento di archiviazione a garantire quello stesso soggetto dal rischio di una riapertura delle indagini, con la conseguenza di lasciare immutata la

sua incompatibilità con l'ufficio di testimone, incompatibilità che senz'altro sussiste in capo al soggetto indagato, in applicazione dell'art. 61 c.p.p., che impone l'equiparazione del soggetto indagato a quello imputato di procedimento penale. Riguardo a questa ultima considerazione è da precisare che l'articolo 61 del codice di procedura penale sancisce espressamente: comma 1- I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari; comma 2- Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito. Di conseguenza anche l'intera disciplina dell'incompatibilità e quella relativa alla testimonianza assistita, nella parte in cui è espressamente riferita ai soggetti coimputati o imputati di procedimento, connesso o collegato, si estende automaticamente alle persone che sono coindagate ovvero indagate in un procedimento connesso o collegato.

2.5 Operatività della scusante di cui all'articolo 384 del codice penale.

Analizzati i profili della disciplina attinenti ai diritti e gli obblighi degli imputati dichiaranti nel processo penale e, nello specifico, come essi si modellano in relazione alle diverse categorie soggettive, è opportuno procedere esaminando anche la disciplina sostanziale, in particolare quella concernente l'apparato sanzionatorio predisposto dall'ordinamento allo scopo di rendere effettiva la disciplina

riguardante proprio le deposizioni dell'imputato di procedimento, il cui studio risulta imprescindibile se si vuole avere un quadro completo della stessa disciplina.

La norma presente nel sistema penale, la quale si pone in relazione con l'obbligo testimoniale di rispondere secondo verità, che ad un'attenta analisi risulta essere potenzialmente in grado di paralizzarlo, è l'articolo 384 del codice penale, il quale sancisce, al primo comma, la non punibilità, tra l'altro, anche per il reato di falsa testimonianza (articolo 372 c.p.) quando chi lo ha commesso lo abbia fatto "per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore". Al secondo comma della stessa disposizione, si prevede poi che la punibilità per lo stesso delitto (falsa testimonianza) è esclusa quando sia stato commesso da chi, per legge, non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o avrebbe dovuto essere avvertito che aveva la facoltà di astenersene (articolo 384, comma 2, come risulta dalla modifica apportata dalla legge n. 63 del 2001).

E' evidente la stretta connessione della disposizione in questione con la disciplina della prova testimoniale: così come l'operatività della causa di non punibilità in esame dipenderà dai presupposti di legge che determinano l'assunzione della qualifica di testimone, allo stesso tempo dall'ambito di operatività attribuito alla scusante dipenderà anche l'ampiezza e l'effettività dell'obbligo testimoniale di verità.

In altre parole, optando per un'interpretazione estensiva dell'articolo 384, ne deriverebbe un ampliamento dell'ambito di operatività tale da vanificare l'attribuzione dello stesso obbligo di verità in capo al deponente (il quale risulterebbe facilmente eludibile ed impunemente), e di conseguenza risulterebbe essere stata pressoché inutile ogni operazione normativa volta ad ampliare il novero dei testimoni, come si è dimostrata essere rivolta a tale scopo quella consistente nell'introduzione della disciplina della testimonianza assistita - correlata alla riduzione delle ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone-, qualora la possibilità di invocare la scusante di cui all'articolo 384 risultasse talmente elevata da sminuire la stessa sanzionabilità di una eventuale violazione dell'obbligo testimoniale di verità.

Innanzitutto è opportuno analizzare la struttura complessiva dell'articolo 384 c.p., per poi verificare la sua operatività in relazione alla categoria soggettiva che qui interessa, ovvero quella degli imputati di procedimento connesso. Le disposizioni ricavabili dai due commi della norma, risultano essere molto diverse tra loro. Il primo comma sancisce una causa di non punibilità per un soggetto che abbia effettivamente commesso un reato: nell'ambito di una testimonianza escussa legittimamente, il testimone che violi l'obbligo di rispondere secondo verità e renda deposizioni false o reticenti, non sarà punito per il reato di falsa testimonianza ai sensi dell'articolo 372 c.p., quando al momento della commissione del reato il testimone versasse in una

particolare situazione psicologica: quando cioè vi sia stato costretto dalla necessità di salvare se stesso o u prossimo congiunto da un grave pregiudizio ala libertà o all'onore.

Il secondo comma, riguarda invece alcune ipotesi nelle quali, al contrario che nel precedente comma, la testimonianza sia stata assunta illegittimamente perché la persona da escutere come testimone non sia stata avvertita dall'autorità giudiziaria che aveva la facoltà di rimanere in silenzio, o comunque sia stata costretta a deporre quando per legge non era obbligata a farlo. In questo caso si versa in una situazione in cui è riscontrabile un difetto di tipicità del fatto, per cui il deponente che abbia illegittimamente acquisito la qualifica di teste non potrà essere punito per il reato di falsa testimonianza in quanto non risulta integrata la stessa fattispecie di reato descritta dall'articolo 372 del codice penale.

Con specifico riferimento al caso in cui sia escussa la testimonianza di uno dei soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone ed in particolare dei soggetti imputati in un procedimento connesso o collegato, la causa di non punibilità di cui al comma 2 dell'articolo 384, potrà ritenersi applicabile nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria, ritenendo erroneamente inesistente il legame di connessione o collegamento tra i processi, proceda con l'escussione dell'imputato di procedimento connesso nelle forme della testimonianza ordinaria, anziché applicando le regole della specifica disciplina della

testimonianza assistita, in violazione degli articoli 197 e 197-bis del codice di procedura penale.

In relazione poi alla ipotesi di compatibilità condizionata descritta dall'articolo 197, lett. b), che si verifica quando l'imputato di procedimento connesso in senso "debole" o probatoriamente collegato abbia reso dichiarazioni su fatti concernenti l'altrui responsabilità, comportando l'assunzione da parte di tale imputato della qualifica di testimone (assistito) relativamente ai fatti precedentemente dichiarati, è da osservare come l'attribuzione della qualifica di testimone sia conseguente alla valutazione che l'autorità inquirente o il giudice fa circa l'altruità dei fatti dichiarati. Risulta evidente come siano impossibili da definire a priori e con certezza i criteri logici di attribuzione della qualifica di testimone assistito, essendo questa operazione rimessa ad una valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria. Di conseguenza rischierà di risultare evanescente anche lo stesso ambito applicativo del delitto di falsa testimonianza, di cui all'articolo 372 del codice penale, o di false informazioni al pubblico ministero, di cui all'articolo 371-bis c.p., risultando integrate queste due fattispecie di reato solo nell'ambito dell'escussione della prova testimoniale, quindi nelle ipotesi in cui risulti effettivamente assunta la qualifica di testimone da parte del soggetto che realizzi la condotta incriminata. Un rischio ulteriore che ne consegue, è quello che l'articolo 384, comma 2, del codice penale, finisca per essere

trasformato in una norma penale in bianco nella parte in cui limita la tipicità delle predette fattispecie.

Procedendo ancora nell'individuazione dell'ambito operativo della causa di non punibilità ricavabile dall'articolo 384 del codice penale, è il momento di soffermarsi sulla disposizione sancita dal primo comma della norma, la quale, come già visto, sancisce la non punibilità di chi abbia commesso il reato di falsa testimonianza perché costretto dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile pregiudizio alla libertà o all'onore. In questo caso il fatto non risulta scriminato: il reato sussiste essendo integrati gli elementi oggettivi e soggettivi costitutivi della fattispecie descritta dall'articolo 372 del codice penale, ma è esclusa la punibilità in ragione della particolare situazione psicologica dell'agente, la quale renderebbe irragionevole l'applicazione della sanzione penale: l'agente si trova di fronte ad un conflitto motivazionale, la scelta tra il compiere il reato di falsa testimonianza, per salvare la propria (o di un prossimo congiunto) libertà o l'onore da un grave ed altrimenti inevitabile nocumento, ovvero rispettare la legge e deporre secondo verità, consapevole però delle conseguenze per lui pregiudizievoli che potrebbero derivarne. A tal proposito in dottrina si è ritenuto che affinché il rischio di nocumento nella libertà o nell'onore rilevi come presupposto di operatività della scusante nel singolo caso concreto, non faccia alcuna differenza se lo stesso rischio sia o meno dipeso dalla volontà del testimone il quale, pur avendo la possibilità di tacere, abbia accettato di

deporre con obbligo di verità. La dottrina è giunta a tale ultima conclusione prendendo in considerazione la testimonianza del prossimo congiunto. Si è ritenuto infatti che la facoltà di tacere riconosciuta al prossimo congiunto dell'imputato dall'articolo 199 c.p.p., non fosse sufficiente ad assicurare una effettiva e piena tutela del sentimento familiare: la scelta di rimanere in silenzio avrebbe potuto destare sospetti in ordine alla posizione dell'imputato, così il prossimo congiunto avrebbe avuto come unica opzione per non arrecare nocumento al prossimo congiunto quella di non astenersi e rendere però dichiarazioni false, risultando però non punibile essendo integrato il presupposto di operatività della scusante di cui al primo comma dell'articolo 384 c.p. Una conferma ulteriore di quest'ultima tesi sarebbe ricavabile anche dal confronto con la causa di giustificazione sancita dall'articolo 54 del codice penale, avente come presupposto lo stato di necessità: "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo" (ex art. 54, comma 1, c.p.). La norma prevede espressamente, tra le condizioni di operatività della causa di giustificazione, che il pericolo di danno grave alla persona non sia riconducibile ad una condotta dello stesso agente volontariamente rivolta a cagionarlo. Dal momento che invece l'articolo 384, comma 1, non ripropone la medesima condizione di operatività, sembrerebbe

logico dedurre che la sussistenza del rischio di arrecare nocimento nella libertà o nell'onore possa anche dipendere dalla volontà del deponente, essendo comunque, anche in quel caso, applicabile la causa di non punibilità.

Questa interpretazione appare del resto conforme all'impostazione complessiva del codice Rocco de 1930. Nel suo impianto originario, il reato di falsa testimonianza era concepito come lesivo di un interesse super-individuale: l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia. Era impensabile ipotizzare un bilanciamento fra un interesse pubblico, quale appunto quello preso in considerazione, ed uno prettamente individuale, quale l'interesse del deponente a sottrarsi dall'obbligo di rispondere secondo verità per non incriminare se stesso o un prossimo congiunto. Ciò nonostante, considerata la particolare situazione psicologica dell'agente, lo Stato concedeva una limitazione dell'applicabilità della sanzione attraverso il riconoscimento della scusante di cui all'articolo 38,4, comma 1, c.p. , una tale previsione aveva sicuramente l'intento di compensare il fatto che il codice di procedura penale del 1930 non prevedeva l'obbligo di avvertire l'imputato della propria facoltà di non rispondere, così come al testimone non era riconosciuto il privilegio contro l'autoincriminazione.

Alla luce dei nuovi principi costituzionali, in particolare quelli sanciti dall'articolo 111 Cost., e dell'ispirazione inequivocabilmente personalistica attribuibile alla Costituzione, non risulta più concepibile

inquadrare il reato di falsa testimonianza in un'ottica prettamente pubblicistica, ritenendo quale unico bene meritevole di tutela quello riconducibile all'amministrazione della giustizia senza curarsi della tutela del diritto di difesa dell'imputato di procedimento penale, come più in generale del principio del *nemo tenetur se detergere* valido per ciascun individuo (vedi il principio contro l'autoincriminazione sancito per il testimone dall'articolo 198, comma 2).

Allo stato attuale, risulta fondamentale operare un bilanciamento tra il principio del *nemo tenetur se detergere* ed i beni sottesi all'amministrazione della giustizia, vale a dire il principio del contraddittorio come metodo di accertamento e come diritto individuale.

Nel realizzare tale bilanciamento il diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale, prettamente individualistico, acquista il medesimo peso dei beni giuridici tutelati dal delitto di falsa testimonianza aventi rilevanza pubblicistica.

Dall'altro lato, la consapevolezza che ci siano più beni di diversa natura che devono essere necessariamente temperati, comporta che il dichiarante sia maggiormente responsabilizzato, in quanto l'articolo 384, comma 1, sarà applicabile soltanto quando risulti che il testimone sia stato costretto illegittimamente a deporre, poiché solo in tale circostanza risulterà prevalente l'esigenza di tutelare il principio del *nemo tenetur se detergere*, mentre al di fuori di questa ipotesi sarà

punibile per il reato di falsa testimonianza qualora violi deliberatamente l'obbligo testimoniale di rispondere secondo verità.

Considerazioni diverse devono riferirsi invece alla situazione che si verifica quando a rendere false dichiarazioni sia il testimone il quale sia stato ritualmente avvertito della facoltà di non rispondere.

In dottrina prevale la tesi secondo la quale anche in questo caso, il testimone che nonostante sia consapevole di avere un'alternativa lecita alla falsa testimonianza (ovvero non rispondere alle domande), dichiarare il falso, se lo fa per salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, sia comunque scusabile ai sensi dell'articolo 384, comma 1, c.p. Per risolvere la questione è possibile prendere ancora come termine di paragone la causa di giustificazione sancita dall'articolo 54, riguardante lo stato di necessità, per notare che la sua struttura è praticamente identica quella della scusante di cui all'articolo 384, comma 1.

L'articolo 54 stabilisce la non punibilità di chi ha commesso il fatto quando risultava l'unico strumento per evitare un danno scaturibile da una situazione di pericolo non volontariamente provocata dall'agente. Alla stessa conclusione può giungersi dall'analisi del comma 1, articolo 384, dove infatti si dispone che non sia punibile chi abbia commesso il reato falsa testimonianza, quando mentire in sede di deposizione risultava l'unica via per evitare un nocumento grave ed altrimenti inevitabile nella libertà o nell'onore del dichiarante o di un

suo prossimo congiunto. In questo contesto, la causa del pericolo è riconducibile all'obbligo testimoniale: assolvendo a tale obbligo e rendendo dichiarazioni veritiere, al deponente o ad un suo prossimo congiunto potrebbe derivare un pregiudizio. Di conseguenza, quando tale obbligo è imposto per legge e non esistono alternative lecite cui il testimone possa ricorrere astenendosi dal deporre, non sarà in alcun modo discutibile l'operatività della scusante in questione. Quando è previsto dall'ordinamento che al soggetto chiamato ad assumere la veste di testimone, sia dato l'avvertimento della facoltà di astenersi dal rendere deposizioni, qualora egli scelga invece di deporre e poi menta, appare irragionevole scusarlo: dal momento che, pur consapevole della facoltà di astensione, sceglie di assumere la veste di testimone per deporre, deve accettare implicitamente le conseguenze che sono a ciò riconducibili, tra cui l'obbligo di rispondere secondo verità e la conseguente punibilità per il reato di falsa testimonianza qualora violi tale obbligo testimoniale. Il conflitto motivazionale si risolve infatti nel momento della scelta tra l'assunzione della qualifica di testimone ovvero l'astensione, ed è questo il momento rilevante ai fini della eventuale valutazione di scusabilità della condotta.

Anche analizzando il carattere che il nocumento deve avere per costituire valido presupposto per la scusabilità della condotta illecita, l'articolo 384, comma 1, parla di "nocumento inevitabile", laddove la inevitabilità non è da riferirsi alla situazione psicologica in cui versa il testimone al momento delle deposizioni, ma alla condotta consistente

nella spontanea e consapevole assunzione dell'ufficio di testimone. Solo se risulterà che l'agente non aveva possibilità di evitare l'assunzione di quell'ufficio e di conseguenza si sia trovato a mentire per evitare un inevitabile nocumento, allora sussisteranno gli estremi per la scusabilità della sua condotta e il testimone non sarà punibile per il reato di falsa testimonianza. Ma, nonostante la possibilità di astenersi, abbia scelto di deporre dichiarando il falso per proteggere se medesimo o un prossimo congiunto dal pericolo di un grave nocumento nella libertà o nell'onore, non sarà comunque scusabile, mancando il requisito della inevitabilità del nocumento.

In questa ipotesi, nella quale chi commette il reato di falsa testimonianza, ha assunto la veste di testimone pur avendo la possibilità di astenersene, si trovano a contrapporsi, da un lato il diritto al silenzio, dall'altro il diritto a confrontarsi con il proprio accusatore ed il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

In particolare il diritto al confronto ed il principio del contraddittorio nella formazione della prova, comportano la necessità di valutare l'esigibilità del comportamento alternativo corretto: in un bilanciamento, dovrà prevalere la tutela di questi ultimi principi rispetto a quella del diritto al silenzio di chi, con cognizione di causa, ha deliberatamente scelto di deporre.

Bisogna infatti considerare che l'ordinamento aveva già fornito tutela del diritto al silenzio nel riconoscere al dichiarante la facoltà di astenersi, scusarlo laddove abbia scelto di testimoniare ed abbia reso

falsa testimonianza, comporterebbe un eccesso di tutela, rispetto al contrapposto e già ricordato diritto a confrontarsi con il proprio accusatore, che ne uscirebbe ingiustamente penalizzato. Inoltre una eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo della scusante indurrebbe ad una totale deresponsabilizzazione dello stesso testimone.

In conclusione, si può affermare che la scusante di cui all'articolo 384, comma 1, sarà applicabile solo nelle ipotesi in cui la testimonianza sia da considerarsi "coatta", non opererà invece nei casi di testimonianza "volontaria, quando cioè l'assunzione della qualifica di testimone sia il frutto di una libera scelta consapevole da parte del dichiarante.

CONCLUSIONI

A conclusione dell'analisi fin qui effettuata, ritengo opportuno mettere ulteriormente in luce la *ratio* unificante, il filo conduttore che lega, da un punto di vista sostanziale, i due istituti che sono stati oggetto di questa trattazione.

Dal momento che il fondamento di tali discipline, considerate complessivamente ed unitamente, è emerso più volte nel corso della trattazione, procederò ad un breve riepilogo delle ragioni che hanno condotto all'introduzione delle previsioni della incompatibilità a testimoniare, disciplinata dall'articolo 197 del codice di procedura penale, e successivamente dell'istituto della testimonianza assistita, prevista dal successivo articolo 197-bis, per approfondire invece l'analisi delle principali istanze che hanno costituito il presupposto dell'origine normativa di queste discipline, con specifico riferimento al diritto al confronto con l'accusatore.

Come emerso nel corso della trattazione, lo scopo ultimo delle previsioni prese in considerazione risulta essere la tutela e la garanzia del diritto alla difesa, enunciato dall'articolo 24 della Costituzione, il quale ne sancisce l'inviolabilità ed il riconoscimento ad ogni individuo, in ogni stato e grado del processo.¹²

¹² Art. 24 Cost: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

Il diritto a difendersi ha la capacità di articolarsi ed assumere forme diverse a seconda del ruolo processuale rivestito dal soggetto che ne è titolare di volta in volta, così da concretizzarsi nel diritto al silenzio di chi sia imputato di procedimento penale; nel diritto a confrontarsi con l'accusatore e difendersi dalle accuse di chi sia stato soggetto a dichiarazioni incriminanti rese da terzi; nel principio del *nemo tenetur se detergere*, in forza del quale nessuno può essere obbligato a rendere dichiarazioni dalle quali potrebbe emergere una propria responsabilità, un diritto a tutelare la propria incolumità, anche attraverso il riconoscimento della facoltà di astensione dal rendere dichiarazioni, ovvero la facoltà di mentire impunemente a domande rivolte in sede di interrogazione che potrebbero risultare autoincriminanti, come quello riconosciuto al testimone in sede di deposizione dall'articolo 198, comma 2, del codice di rito: *"Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale"*.

Questa pluralità di istanze, tutte derivanti dall'esigenza di rendere effettivo in ogni stato e grado del procedimento il diritto inviolabile di difesa, assumono autonoma rilevanza all'interno della vicenda processuale, con la possibilità di trovarsi a configgere richiedendo un necessario intervento di bilanciamento degli interessi in campo.

La legge determina i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Alla necessità di fornire una garanzia effettiva a queste molteplici istanze di natura personale, che si riferiscono ai soggetti coinvolti nella vicenda processuale, se ne aggiungono talvolta altre che hanno invece natura pubblicistica e che si riferiscono all'esigenza di garantire anche la correttezza nello svolgimento ed il buon andamento del processo, in ossequio al principio generale, ed anch'esso fondamentale, di giustizia. Situazioni nelle quali si verifica la coesistenza di questo complesso di istanze di tutela della più diversa natura sono molteplici. Una di queste è senz'altro quella che ha costituito l'oggetto della nostra trattazione, dove il diritto al silenzio riconosciuto a chi sia imputato in un procedimento penale si scontra, da un lato, con il diritto, anch'esso di natura personale, al confronto col proprio accusatore di chi sia stato soggetto ad accuse rivolte proprio da un imputato di procedimento penale connesso col proprio, dall'altro con l'esigenza, di natura più prettamente pubblicistica, di garantire la veridicità e correttezza dei contributi conoscitivi che possono costituire fondamento probatorio per la formazione della decisione giudiziale.

E' allo scopo di bilanciare queste istanze che nasce l'istituto della incompatibilità con l'ufficio di testimone ed in particolare l'incompatibilità dei soggetti imputati di procedimento connesso o collegato, i quali non possono testimoniare nel procedimento penale connesso col proprio, onde evitare loro il rischio di deporre su fatti dai quali potrebbero emergere elementi idonei a pregiudicare la difesa attuata in relazione alla propria imputazione, oppure che, sempre allo

scopo di non incriminare se stessi, siano indotti a rendere dichiarazioni false che contribuirebbero alla formazione di un accertamento errato da parte del giudice. Un tale divieto di sentire questi soggetti in qualità di testimoni nel processo connesso ha ragione di esistere fino a che la vicenda processuale che li coinvolge in prima persona non si concluda in maniera definitiva, con una sentenza divenuta irrevocabile di condanna, proscioglimento o di patteggiamento pronunciata ai sensi dell'articolo 444 del codice di rito. Dopo tale momento, divenendo operativo il principio del *ne bis in idem* in forza del quale ciò che è divenuto oggetto di giudicato non potrà essere oggetto di nuovo accertamento giudiziale, questi soggetti torneranno ad essere compatibili con l'ufficio di testimone nel procedimento connesso e pertanto potranno essere chiamati a deporre in quella sede nella veste di testimoni assistiti, ai sensi della disciplina sancita dall'articolo 197-bis, introdotta con la legge n. 63 del 2001. Questa è la regola generale sancita dalla lettera a) dell'unico comma dell'articolo 197, alla quale segue la lettera b), dove è prevista una ulteriore regola che costituisce eccezione rispetto alla prima ed in forza della quale si prevede la possibilità che l'imputato di procedimento connesso in senso "debole", ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. c), c.p.p., ovvero di procedimento collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b), possano assumere la veste di testimone nel procedimento connesso o collegato anche durante la pendenza del procedimento a loro carico, quando abbiano reso dichiarazioni su fatti che concernono l'altrui

responsabilità, nonostante la ricezione del previo avvertimento di cui all'articolo 64, comma 3, lett. c), c.p.p. . Si tratta in quest'ultima ipotesi di una incompatibilità così detta "condizionata" in quanto per divenire operativa presuppone appunto il verificarsi di determinate condizioni tassativamente individuate dal legislatore: tra le vicende processuali interessate deve intercorrere un preciso vincolo connettivo o di collegamento; deve essersi verificata la condizione per cui le dichiarazioni eteroincriminanti sono state rese nonostante il previo avvertimento descritto dall'articolo 64, comma 3, lett. c). Si tratta inoltre di una compatibilità limitata oggettivamente, in quanto la deposizione testimoniale potrà riferirsi unicamente ai fatti eteroincriminanti precedentemente dichiarati dall'imputato, mentre per qualsiasi altro fatto o circostanza, egli conserverà l'incompatibilità con l'ufficio di testimoni fino alla irrevocabilità della sentenza che sarà pronunciata nei suoi confronti.

Quest'ultima previsione è il frutto dell'intervento di riforma realizzato dalla già citata legge n. 63 del 2001, con la quale è stata data attuazione ai principi del giusto processo riformulati ed enunciati dal nuovo articolo 111 della Costituzione, come modificato a seguito dell'intervento della legge Cost. n. 2 del 1999.

In particolare la lettera b)¹³ è stata inserita all'interno dell'articolo 197 del codice di rito, allo scopo di dare attuazione al principio del

¹³ Lettera così sostituita dall'art. 5 della legge 1° marzo 2001, n. 63.

contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dai commi 4 e 5 dell'articolo 111 Cost.¹⁴

E' da tale ultimo principio costituzionale che deriva il riconoscimento del diritto al confronto con l'accusatore, la cui tutela è stata presa in considerazione dalla legge n. 63 del 2001 che lo ha fatto oggetto di bilanciamento con il diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale, stabilendo che, al ricorrere di determinate condizioni – quelle descritte dalla lett. b) dell'articolo 197 – sia il diritto al silenzio dell'imputato accusatore a dover soccombere, in favore della tutela del diritto del destinatario delle accuse – a sua volta imputato di procedimento penale connesso in senso “debole” o collegato probatoriamente – al confronto con l'accusatore, in modo da potersi difendere da quelle stesse accuse, consentendo l'escussione della testimonianza dell'imputato connesso o collegato accusatore. Considerate le scelte di bilanciamento effettuate dal legislatore, vorrei approfondire proprio quelle istanze che costituiscono le due estremità della bilancia: da un lato il diritto al silenzio e dall'altro il diritto al confronto con l'accusatore.

Del diritto al silenzio dell'imputato di procedimento penale ho già avuto modo di parlare in precedenza, mettendo in luce quello che è

¹⁴ Art. 111 Cost, comma 4 e 5: “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.

stato il percorso storico della sua origine ed affermazione nell'ordinamento giuridico, oltre che la sua funzione nell'ambito dei principi di civiltà giuridica.

Il diritto al silenzio risulta quindi essere una garanzia imprescindibile, dalla natura polivalente, che consiste tanto nella facoltà di tacere in senso stretto, quindi non rispondere alle domande rivolte all'imputato in sede di interrogazione, come anche nella facoltà di mentire impunemente alle domande volte a fare emergere la colpevolezza dell'imputato. Attraverso il riconoscimento all'imputato di queste facoltà in qualunque sede processuale egli si trovi, l'autorità giudiziaria ha accettato di autolimitarsi in nome del rispetto di basilari principi di civiltà giuridica ed in nome, come visto precedentemente, del rifiuto di strumenti volti ad estorcere in qualsiasi modo il sapere dell'imputato, anche attraverso il ricorso alla tortura come avveniva nell'ambito dei sistemi di tipo inquisitorio, ormai ampiamente superati. Il riconoscimento della facoltà di tacere risulta espresso dalla norma di cui all'articolo 64, comma 3, lett. b¹⁵, attraverso la previsione dell'avvertimento che l'autorità procedente è tenuta a dare alla persona indagata prima di procedere alla sua interrogazione, secondo la seguente formulazione: *“Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che : [...] b) salvo quanto disposto*

¹⁵ La norma è stata introdotta nel codice di procedura penale per mezzo dell'intervento normativo rappresentato dalla L.932 del 1969.

dall'articolo 66, comma 1¹⁶, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso.”

Il diritto al silenzio e la sua disciplina sono stati oggetto dell'intervento di modifica attuato con la già più volte ricordata L. n° 63 del 2001.

In particolare, nell'intento di dare attuazione ai principi del giusto processo enunciati dall'articolo 111 della Costituzione¹⁷, il legislatore del 2001 ha proceduto ad un ridimensionamento dell'ambito di tutela e garanzia della facoltà di tacere in giudizio riconosciuta all'imputato di procedimento penale, in favore dell'attuazione e garanzia del principio del contraddittorio nella formazione della prova – rientrante tra i principi del giusto processo enunciati dall'art. 111 Cost.

Di fronte alla incapacità di rinunciare all'apporto probatorio del soggetto imputato nel procedimento penale, in particolare nelle situazioni di correatà o di imputazioni connesse tra loro, nelle quali dato il coinvolgimento più o meno diretto e immediato nella vicenda processuale oggetto di accertamento, il contributo conoscitivo può risultare particolarmente utile per la formazione del convincimento del giudice, con il suddetto intervento legislativo si è optato per una riduzione dell'ambito operativo del diritto al silenzio dell'imputato, il quale si restringe in favore dell'ampliamento della garanzia di altre

¹⁶ *L'articolo 66, comma 1, citata dalla lett. b), comma 3, art. 64, sancisce espressamente che: “Nel primo atto cui è presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere ad identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false.” La situazione descritta dalla suddetta norma costituisce pertanto l'unica ipotesi in cui all'indagato o imputato di procedimento penale, non è riconosciuta la possibilità di esperire la propria facoltà di non rispondere.*

¹⁷ *Formulazione risultante dalla modifica attuata con L. Cost n° 2 del 1999.*

istanze altrettanto meritevoli di tutela. Tra queste, il diritto di chi sia stato soggetto ad accuse rivolte da un terzo, a potersi confrontare col proprio accusatore, diritto che rende concreta ed effettiva l'attuazione del contraddittorio, anche nella formazione della prova.

Avendo sufficientemente esaminato il diritto al silenzio, è il caso di passare ad una breve ma utile trattazione anche del diritto al confronto con l'accusatore, il quale può contrapporsi e scontrarsi con il diritto al silenzio quando il soggetto autore delle accuse sia a sua volta titolare la qualifica di imputato di procedimento penale.

Nel contesto generale della normativa processual-penalistica, il diritto al confronto col proprio accusatore risulta enunciato dall'art. 526 comma 1-bis, c.p.p. , il quale dispone che: *“La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.”*¹⁸

Analizzando la norma, essa risulta essere la formulazione normativa che ripete il principio costituzionale enunciato dal secondo periodo dell'articolo 111, comma 4, Cost., ai sensi del quale risulta la medesima enunciazione: [...] *La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da*

¹⁸ Comma inserito dall'art. 9, L. 1° marzo 2001, n° 63.

parte dell'imputato o del suo difensore."¹⁹ Tale principio va inserito nel contesto della norma costituzionale, laddove il primo periodo del comma 4 dell'art. 111 Cost., enuncia il principio del contraddittorio nella formazione della prova²⁰, mentre nel comma 5 sono tassativamente indicate le eccezioni a quella stessa regola²¹. Ebbene il principio enunciato dal secondo periodo del comma 4, si colloca appunto a metà tra le due regole. Data l'analiticità ed il carattere dettagliato che caratterizzano il precetto, sembra più appropriato parlare di una vera e propria "regola" costituzionale, anziché di un "principio".

Tornando alla lettera dell'articolo 526, comma 1-bis, c.p.p., la testuale riproduzione della previsione costituzionale all'interno del codice di rito ha suscitato non poche perplessità, dando adito a complicazioni interpretative. Dal punto di vista formale la tecnica normativa è inconsueta: i principi costituzionali dovrebbero ricevere attuazione nella legislazione ordinaria e non essere riproposti ad un livello gerarchico inferiore. La pedissequa trasposizione codicistica sembra addirittura sminuire il contenuto dell'art. 111 Cost., laddove il divieto in esso sancito, cessa di essere una direttiva alla quale conformare la

¹⁹ *Comma inserito dall'art. 1, L. Cost. 23 novembre 1999, n° 2, assieme anche ai commi 1, 2, 3 e 5.*

²⁰ *Art. 111, comma 4, primo periodo, Cost.: "Il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova."*

²¹ *Art. 111 Cost., comma 5: "La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita."*

legge ordinaria, per assumere la portata di vera e propria regola del processo.

In altre parole, anche da un punto di vista sostanziale, l'operazione attuata dal legislatore del 2001, non ha affatto tenuto conto delle incertezze e critiche interpretative mosse alla stessa formulazione costituzionale, riprodotta puntualmente all'interno del dettato codicistico, senza apportare alcun contributo interpretativo che era invece auspicato in quella sede, riproponendo piuttosto gli stessi problemi interpretativi sollevati con riferimento all'art. 111 Cost. ed acuendoli.

Infatti ciò che è risultato da un tale intervento di traslazione è la seguente conseguenza: mentre la norma costituzionale ha quale soggetto destinatario, in primo luogo, il legislatore ordinario, con la traslazione della stessa regola all'interno del codice di rito si è giunti a "delegare" lo stesso delicatissimo compito, di volta in volta, al singolo giudice del caso concreto, senza curarsi delle conclusioni palesemente in contrasto con il principio del contraddittorio che un uso "disinvolto" del libero convincimento potrebbe determinare. A ciò deve aggiungersi la considerazione che affidare alla discrezionalità del giudice un dettato normativo potenzialmente ambivalente incrementa il rischio di irragionevoli disparità di trattamento. Vista l'ambiguità del dettato codicistico l'organo giudicante potrebbe argomentare che, laddove manchi una previsione esplicita dello stesso tipo, il divieto non operi.

Il diritto al confronto con l'accusatore ha trovato espresso riconoscimento nel codice di rito all'interno dell'articolo 526, comma 1-bis²², il quale sancisce espressamente che: *“La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore”*.

Riguardo a questa ultima disposizione occorre aprire una breve parentesi attinente ad una sua contestualizzazione all'interno delle regole che disciplinano l'utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni per la formazione della decisione giudiziale. Per una corretta attuazione della norma, essa va infatti letta congiuntamente alle disposizioni di cui all'articolo 526, comma 1, in forza della quale il giudice non può utilizzare prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento²³, e quella di cui all'articolo 514 relativo alla “legittima acquisizione” consistente nella lettura delle precedenti dichiarazioni, il quale stabilisce perentoriamente che non può darsi lettura dei verbali delle dichiarazioni rese fuori dal dibattimento, salvo i casi espressamente menzionati. Dall'esame congiunto di queste ultime due disposizioni risulta la regola di principio per cui le prove dichiarative precostituite sono inutilizzabili, salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge²⁴.

²² Comma inserito dall'articolo 19 della legge n. 63 del 2001.

²³ Art. 526, comma 1, c.p.p.: “Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”.

²⁴ C.CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, pagg. 378-379.

In questo contesto la norma espressa dal comma 1-bis dell'articolo 526, si inserisce come norma di chiusura, laddove non smentisce la regola generale sopra enunciata in forza della quale le precedenti dichiarazioni sono inutilizzabili come prove per la deliberazione giudiziale, salvo quelle di cui sia espressamente consentita l'utilizzabilità.

In altre parole il comma 1-bis dell'articolo 526 contiene una regola che ha carattere eccezionale ed in forza della quale anche le precedenti dichiarazioni di cui risulterebbe consentita l'acquisizione come prove ai sensi dell'articolo 514, sono tuttavia inutilizzabili se rese da chi si sia precedentemente sottratto al contraddittorio con il soggetto nei cui confronti sono rivolte le stesse dichiarazioni accusatorie.

Analizzando ora la stessa norma da un punto di vista sostanziale la sua rilevanza emerge in quanto, come già detto, essa sancisce espressamente il principio del confronto con l'accusatore e lo fa riprendendo alla lettera la disposizione costituzionale di cui all'articolo 111, comma 4, secondo periodo²⁵. Lo stesso divieto cessa di essere una direttiva alla quale conformare la legge ordinaria e assume la portata di vera e propria regola del processo.

Una simile operazione di pura traslazione del dettato costituzionale, enunciante un principio generale e fondamentale, all'interno di una

²⁵ Art. 111, comma 4, secondo periodo, Cost.: *“La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”*.

norma del codice di rito, può risultare facilmente criticabile e far emergere tutta la sua ambiguità.

I profili critici sono molteplici. Innanzitutto da un punto di vista sostanziale, il copiare la lettera di una disposizione costituzionale, quale quella sancita dal secondo periodo del comma 4, dell'articolo 111 Cost., la quale presenta non pochi problemi interpretativi, non fa altro che trasferire anche sul piano delle regole processuali, all'interno del codice di rito, gli stessi dubbi interpretativi e profili critici.

Senza considerare il fatto che, qualora una controversia interpretativa riguardi una disposizione costituzionale, è compito del legislatore quello di cercare di dissipare tali dubbi, mentre il trasferimento della medesima formulazione normativa, con tutti i profili critici annessi, all'interno del codice di rito, comporta che il destinatario della norma non sia più il legislatore, bensì il singolo giudice che si trovi di volta in volta ad applicarla.

Da ciò è conseguito l'affidamento alla discrezionalità dei singoli operatori giuridici dell'interpretazione di un dettato normativo potenzialmente ambivalente, incrementandosi così il rischio di irragionevoli disparità di trattamento.

BIBLIOGRAFIA

- *Compendio di procedura penale. Vittorio Grevi, Giovanni Conso, Marta Bargas, Cedam, 2012, Edizione VI;*
- *Il diritto delle prove penali. Paolo Tonini, Carlotta Conti, Giuffrè Editore, 2012;*
- *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo. Alessandra Sanna, 2007;*
- *L'imputato nel procedimento connesso. Carlotta Conti, Cedam, 2003;*
- *Orientamenti giurisprudenziali in tema di testimonianza assistita. A cura di Francesca De Caroli.*
<http://bd70.leggiditalia.it;>
- *Il testimone assistito: incertezze legislative e soluzioni giurisprudenziali. A cura di Carlotta Conti.*
<http://bd70.leggiditalia.it;>

- *Le sezioni Unite consentono all'indagato archiviato di testimoniare. A cura di **Minafra Mena**. <http://bd70.leggiditalia.it>;*
- *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione itinerari giurisprudenziali. Di **Anna Maria Capitta**. <http://penalecontemporaneo.it>;*
- *L'indagato archiviato può essere escusso come testimone comune. Note a Corte Cassazione-Sezioni Unite Penali, Sentenza 29 marzo 2010, n. 12067. A cura di Dott. Giorgio Pasquale. <http://filodiritto.com>*